



**LOS CONTRATOS DE SERVICIO:
su construcción como categoría contractual,
y el derecho del cliente al cumplimiento
específico**

GONZALO FRANCISCO SEVERIN FUSTER

Tesis para optar al grado de doctor en Derecho
dirigida por la Prof. Dra. Nieves Fenoy Picón

Madrid, 2014

A Titi, Juanjo y Alfonso

La realización de este trabajo de investigación ha sido posible gracias al
financiamiento otorgado por el

PROGRAMA DE FORMACIÓN DE CAPITAL HUMANO AVANZADO de la COMISIÓN NACIONAL
DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TECNOLÓGICA (CONICYT) del ESTADO DE CHILE

a través de la concesión de una Beca para Estudios de
Doctorado en el Extranjero durante el período comprendido entre octubre de
2009 y septiembre de 2013 [Resolución de Convenio 3619/2009]

Y se ha realizado en el marco de la ejecución del proyecto de investigación

DER 2011-24293

financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Dirección General
de Investigación y Gestión del Plan Nacional de I+D+i) de España (período
2012-2014); del cual es investigador responsable el prof. Dr. D. Antonio
Manuel Morales Moreno

Abreviaturas

I. DE USO FRECUENTE

AAP	Auto de Audiencia Provincial
art. / arts.	artículo / artículos
BAS	Borrador de Anteproyecto en materia de contratos de servicio, de la Sección civil de la Comisión General de Codificación (2012)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán)
BOE	Boletín Oficial del Estado
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> (Código civil holandés)
CC.	Código civil. Sin otra referencia, Código civil español.
CCom.	Código de Comercio. Sin otra referencia, Código de Comercio español
CE	Constitución española
CEC	<i>Código Europeo de Contratos</i> (también conocido como “Proyecto Pavía” o “Código Gandolfi”)
CESL	<i>Common European Sales Law (Normativa común de compraventa europea)</i> . Anexo de PR CESL
CISG	Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980
CPC	Código de Procedimiento civil
CO	Código suizo de las obligaciones
Cód.	Código de Justiniano
<i>Code civil</i>	<i>Code civil français</i> (Código civil francés)
coord./ coords.	coordinador / coordinadores

D. (a veces, Digesto)	Digesto de Justiniano
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> (Borrador de Marco Común de Referencia)
dir./dirs.	director / directores
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ed.	edición
edit./edit.	editor / editores
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
Excmo (a).	Excelentísimo(a)
Exp. de motiv.	Exposición de motivos
FD	Fundamento de Derecho
GAYO	Instituciones de Gayo
Ilmo(a).	Ilustrísimo(a)
Inst.	Instituciones de Justiniano.
<i>Las Partidas</i>	Las Siete Partidas de Alfonso X el sabio.
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
P.	Partida; para las referencias a alguna particular <i>ley de Las Partidas</i> .
p. / pp.	página / páginas.
PCC	Proyecto de Código civil (para referencias a los proyectos de 1821 y 1851).
PCM	Propuesta de Código Mercantil, de la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (2013)
PCSO	Proyecto de Ley 121/000043, que modificaba el Código civil en materia de contratos de servicio y obra, de la Comisión General de Codificación (1994)
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> (Principios de Derecho contractual Europeo)
PEL SC	<i>Principles of European Law: Service Contracts</i> (Principios de Derecho europeo sobre contratos de servicio)

PMCC	Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, de la Sección civil de la Comisión General de Codificación (2009)
PR CESL	<i>Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea</i> , de 2011 [COM (2011) 635 final (11.10.2011)]
Principios Unidroit	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
n.	número
rev.	revisión de; o revisor
Roj	Repertorio oficial de Jurisprudencia (número con el que el Centro de Documentación Judicial –Cendoj–identifica las resoluciones judiciales)
s.	<i>section</i> (para referencias a textos normativos anglosajones)
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
ss.	siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	tomo
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de Unión Europea
TRLGDCU	Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TUE	Tratado de la Unión Europea
trad.	traducción; o traductor
TWT	<i>Tilburg Working Team</i> (equipo de redactores de los PEL SC)
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i> (EE.UU.)
v.	volumen
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código de procedimiento civil alemán)

II. DE REVISTAS

ADC	Anuario de Derecho Civil
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AFDUE	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura
AHDE	Anuario de Historia del Derecho español
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJPh	American Journal of Philology
AMDI	Anuario Mexicano de Derecho internacional
ARAJL	Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación
ARCLaR	Appeal Review of Current Law and Reform
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado
BLR	Bond Law Review
BULR	Boston University Law Review
CAJ	Cuadernos de Análisis Jurídicos de la Universidad Diego Portales
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CEFLegal	CFLegal. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos
CJ	Criterio Jurídico
CJE	Canadian Journal of Economics
CLJ	The Cambridge Law Journal

CLR	California Law Review
Comp. L.R	Comparative Law Review
Cant. L.R	Canterbury Law Review
CLL&PJ	Comparative Labor Law & Policy Journal
Dereito	Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela
EBLR	European Business Law Review
EJ	Estudios Jurídicos (continuación de Estudios Jurídicos: Cuerpo de Secretarios judiciales)
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
EJLR	European Journal of Law Reform
ELR	The Edinburgh Law Review
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
Gerión	Gerión. Revista de Historia Antigua
GLJ	German Law Journal
IBLJ	International Business Law Journal
Icade	Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Pontificia Universidad de Comillas
Indret	Indret. Revista para el análisis del Derecho
JCP	Juris-Classeur périodique
JHIL	Journal of the History of International Law/ Revue d'histoire du droit international
JITLP	Journal of International Trade Law and Policy
Icade	Revista Icade de la Universidad Pontificia Comillas
IRLE	International Review of Law and Economics
JILR	Jurídica Internacional Law Review
JLH	The Journal of Legal History
JLS	Journal of Libertarian Studies
JPD	Jueces para la democracia. Información y debate

JSCL	Journal of the Society of Comparative Legislation
Justicia	Justicia. Revista de Derecho procesal
LCdD	Les Cahiers de Droit
JR	Juridical Review
LLALR	Loyola of Los Angeles Law Review
LLR	Loyola Law Review
MLR	Minnesota Law Review
Mich.L.R.	Michigan Law Review
NCLR	North Carolina Law Review,
NLR	Newcastle Law Review
NUE	Noticias de la Unión Europea
OLR	Ottawa Law Review
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
PMP	Politiques et management public
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RBPhH	Revue belge de philologie et d'histoire
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RChD	Revista Chilena de Derecho
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
RDA	Revue de droit d'Assas
RdB	Revue de Barreau
RDC	Revue des contrats
RDHC	Revue de Droit Henri Capitant
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RDPUEC	Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia
RDS	Revue de droit suisse
RDUM	Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo

ReDCE	Revista de Derecho Constitucional Europeo
Redur	Revista electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja
REFDUG	Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
REHJ-PUCV	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
RFE	Revista de Filología Española
RGD	Revue General de Droit
RGDP	Revista General de Derecho Procesal
RGDR	Revista General de Derecho Romano
RHDFE	Revue Historique de Droit Français et Étranger
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RIDC	Revue international de Droit comparé
Riedpa	Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje
RIPJ	Revista internauta de práctica jurídica
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale
RIW	Review of Income and Wealth
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJT	Revue Juridique Themis
RJUAM	Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RLT	Roman Legal Tradition
RMHD	Revista Mexicana de Historia del Derecho
RMT	Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración (que es continuación de Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).
RPS	Revista de Política Social
RTDC	Revue trimestrielle de Droit Civil

RXG	Revista Xurídica Galega
SIA	Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs Publicata
SUUBI	Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia
TSDP	Teoria e Storia del Diritto Privato. Rivista internazionale online
TILJ	Texas International Law Journal
T.L.R	Tulane Law Review
Tex. L.R	Texas Law Review
TVR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/ Revue d'histoire du droit /The legal history review
UCLR	The University of Chicago Law Review
ULR	Uniform Law review
UPLR	University of Pittsburgh Law Review
UWALR	University of Western Australia Law Review
VJICLA	Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration
VUWLR	Victoria University of Wellington Law Review
YLR	The Yale Law Journal

“Una sociedad posindustrial está basada en servicios. Por lo tanto, es un juego entre personas. Lo que cuenta no la pura fuerza o energía muscular, sino la información. La persona central es el profesional, porque él es está equipado, con su educación y entrenamiento, para proveer la clase de habilidades que, en forma creciente, son demandadas en la sociedad posindustrial”.

[Daniel BELL, *The coming of the post-industrial society* (1973)]

“El capital intelectual es la fuerza motriz de la nueva era y lo más codiciado. Los conceptos, las ideas, las imágenes –y no las cosas– son los auténticos artículos con valor en la nueva economía”.

[Jeremy RIFKIN, *The age of access* (2000)]

“En todos los países industrializados, las actividades económicas se han movido desde la producción de bienes a la prestación de servicios [...] Mientras más avanzada y posindustrial se vuelve una economía, más concentra su producción y empleo en los servicios”.

[Thomas P. BOJE, *Post-industrial Labour markets* (2003)]

Citas de la página anterior:

BELL, D., *The coming of the post-industrial society. A venture in social forecasting*, Basic Books, New York, 1973 (reimpresión de 1999) p. 127 [trad. propia].

RIKFIN, J., *The age of access. The new culture of hipercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, J. P. Tarcher/Putnam, New York, 2000, p. 5 [trad. tomada de: *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 15].

BOJE, T. P., "Towards a post-industrial service society", en BOJE, T. P./FURÅKER, B. (eds.) *Post-industrial Labour markets*, Routledge, London/New York, 2003, p. 125 [trad. propia].

Introducción

I. El tema central de esta tesis son los contratos de servicio. Tanto la elección del tema, como la delimitación del objeto particular de estudio, han estado marcados por *un dato* y por *una intuición* fundamentales. El dato es la innegable importancia de los servicios en la economía moderna. La intuición es que, pese a su importancia económica, los servicios no han recibido la suficiente atención desde la vereda jurídica.

II. La primera pregunta a resolver es, *sobre qué bases es posible construir una categoría jurídica de los contratos de servicio*. La Primera parte de la tesis tiene por finalidad, precisamente, ofrecer elementos de juicio para poder dar una respuesta a dicha pregunta.

En los cuatro primeros capítulos de la Primera parte de la tesis, se analiza la forma en la que se ha ido construyendo la categoría de los “contratos de servicio” en el Derecho civil español. Para ello, se da cuenta de las bases históricas del modelo de regulación adoptado por el Código civil español. Se trata de un modelo, el del Código civil, que hunde sus raíces en la concepción unitaria del arrendamiento del

Derecho romano (la *locatio conductio*), y de ahí que sea conveniente profundizar sobre ese origen. De ello trata el *capítulo 1* de la tesis.

Esa concepción romana unitaria del arrendamiento se ha conservado a través de los siglos. En el *capítulo 2* de la tesis se muestra que ella estaba presente en el Derecho civil español del siglo XIX y, que –sin duda debido también a la importante influencia del *Code civil français* de 1804– se terminó plasmando en la regulación del Código civil español. Así, en el modelo legal del Código civil, la contratación de las “obras y servicios” remunerados son, salvo que tengan una regulación especial (como el caso del mandato y del depósito), una forma de arrendamiento (art. 1542 CC).

Tras la aproximación histórica ofrecida en los dos primeros capítulos de la tesis, en el *capítulo 3* se expone el modelo de regulación que *en la actualidad utilizan los tribunales y la doctrina de los autores*. Se trata de un modelo que, lógicamente, encuentra su marco normativo básico en la regulación que el Código civil ofrece, pero que, *en cierta medida, lo supera*. Este modelo jurisprudencial y doctrinal puede describirse como un modelo “dual”, en el sentido de que en él se distingue, con claridad, dos contratos: el contrato denominado “de servicios” y el contrato denominado “de obra”. Para diferenciarlos, se utiliza como principal criterio el recurso a la clasificación doctrinal de las obligaciones que distingue entre unas “de medios” y otras “de resultado”.

Pero, dicha construcción jurisprudencial y doctrinal puede ser puesta *en tela de juicio*. De hecho, así lo ha hecho un sector de la doctrina de los autores, bajo la premisa principal de que la clasificación de las

obligaciones de medios y de resultado no ha sido una clasificación de las obligaciones generalmente admitida. El ponderar la razonabilidad de conservar dicho modelo dual (contrato de servicios/contrato de obra) requiere, por tanto, profundizar en esa clasificación doctrinal de las obligaciones, tanto en relación con su origen –que fue en la doctrina francesa, en la primera mitad del siglo XX– como en su posterior recepción en otros ordenamientos y textos normativos. De ello trata el *capítulo 4*.

Sentada la conveniencia de abandonar ese modelo “dual”, la pregunta lógica que sigue es la de *sobre qué bases ha de construirse la regulación de los contratos de servicio*. El último capítulo de la Primera parte de la tesis, el *capítulo 5*, da cuenta de la forma en que se construye la categoría de los *service contracts* en el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), a fin de valorar la utilidad de dicho modelo de regulación de cara a una posible reforma del Código civil. En la exposición de este *capítulo 5*, el modelo de los *service contracts* del DCFR se compara, en la medida que resulta oportuno, con el Derecho español, con el Derecho comparado, con algunos textos supranacionales, y también con dos actuales propuestas de reforma del Derecho español, elaboradas por la Comisión General de Codificación, que afectan la regulación de los contratos de servicios (una es la Propuesta de Código Mercantil, de 2013, y la otra es el borrador de Anteproyecto de reforma del Código civil en materia de servicios, dado a conocer a fines del 2012).

III. Es oportuno, e importante, realizar una precisión terminológica. La expresión “contratos de servicio” es utilizada, a lo largo de la tesis, en

un sentido amplio (para designar una categoría contractual), y por tanto, no debe entenderse, necesariamente, una referencia al denominado “contrato de servicios” del Derecho español vigente (con base en el art. 1583 y ss. CC, y por oposición al “contrato de obra”). Si el contexto así lo exige, se explicitará en qué sentido se usa la expresión “contratos de servicio” (si “en sentido amplio”, o si “en sentido estricto”).

IV. Me parece evidente, que el reconocimiento de la categoría jurídica general de los “contratos de servicio”, en cuanto ella permite aglutinar diversos contratos de importancia en el tráfico económico moderno (construcción, diseño, asesoría, tratamientos médicos, etc.), plantea algunos desafíos al Derecho contractual general. La pregunta que surge es, *si las particularidades de los contratos de servicio son –o deberían ser– tenidas en cuenta a la hora de describir o (re)construir la teoría general del contrato*. Es claro que esta pregunta, así planteada, puede extenderse a todos los momentos del *iter* contractual que aborda la teoría general del contrato (tratos previos, formación del contrato, cumplimiento, etc.). Las pretensiones de este trabajo son, en este punto, limitadas. Pues, *me centro en la forma en que se describe el sistema de remedios frente al incumplimiento contractual* (lo que se ha venido en llamar responsabilidad contractual en sentido amplio), *y dentro de este ámbito, sólo me avoco al estudio de uno de esos remedios: el del cumplimiento específico*. La pregunta concreta a resolver es, si puede decirse que se reconoce al cliente del servicio un derecho a obtener el cumplimiento específico del contrato. *Este es el objeto de la Segunda parte de la tesis.*

Al igual que en la Primera parte de la tesis, cinco son los capítulos que componen esta Segunda parte. En ellos, se aborda, como acabo de indicar, y desde distintas perspectivas, la pregunta por el reconocimiento al acreedor de un derecho al cumplimiento específico.

En los primeros dos capítulos de esta segunda parte, los capítulos 6 y 7, se analiza dicha pregunta desde una perspectiva que podríamos denominar histórico-comparada. Como es sabido, el lugar más o menos relevante del remedio del cumplimiento específico, dentro del sistema de remedios frente al incumplimiento, es un aspecto que, suele afirmarse, marca una de las diferencias más importantes existentes entre el Derecho contractual de los países del *Common Law* y el de los países pertenecientes a la tradición jurídico continental. Así –se dice– mientras que en el *Common Law* el cumplimiento específico (*specific performance*) es un remedio “secundario”, en el Derecho continental, el cumplimiento específico se mira como un derecho del acreedor y, se entiende tradicionalmente, que es la vía preferente para la satisfacción de su crédito. Conviene, desde luego, profundizar en esas generalizadas ideas.

Por ello, en el *capítulo 6* se trata del *Common Law*. En dicho capítulo, se profundiza sobre las *bases históricas* que pueden justificar la particular aproximación de este sistema jurídico al remedio del cumplimiento específico. Tras ello, se describe la aproximación *actual* del *Common Law*, tomando como referencia al Derecho inglés (si bien al hilo de la exposición se hacen algunas referencias a otros ordenamientos pertenecientes a esta familia jurídica).

Y el *capítulo 7* tiene como objeto de estudio al Derecho continental. La exposición de este capítulo se organiza con una estructura similar a la del anterior capítulo seis: tras una aproximación *histórica* a la cuestión del cumplimiento específico de las obligaciones de hacer, sigue una mirada al Derecho *vigente*, en la que se considera especialmente al Derecho alemán y al Derecho francés.

El anterior estudio histórico-comparado entre el *Common Law* (*capítulo 6*) y el Derecho continental (*capítulo 7*) ofrece el *contexto* apropiado para el posterior estudio que, del cumplimiento específico de la obligación de hacer, se hace en los dos siguientes capítulos, sobre el Derecho español, ordenamiento éste que, como es sabido, pertenece a la tradición jurídica continental. Así, en el *capítulo 8* se ofrece una aproximación *histórica* a la idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer, revisando, para ello, las diferentes posiciones existentes en la doctrina civil española del siglo XIX. Y en el *capítulo 9*, por su parte, se centra la mirada en el tiempo *presente*, abordando la cuestión del derecho del acreedor al cumplimiento específico *desde dos perspectivas diferentes*, pero, estrechamente relacionadas. Una es la perspectiva *sustantiva*: esto es, se pregunta por el derecho del acreedor de una obligación contractual de hacer a obtener una condena al cumplimiento específico. La otra es la perspectiva *procesal*: se pregunta por el derecho a que esa eventual condena al cumplimiento específico se cumpla en sus propios términos.

El último capítulo de la tesis, el *capítulo 10*, cierra con el estudio sobre el remedio del cumplimiento específico de la obligación contractual de hacer, en una *perspectiva de futuro*. Para ello, se toma como punto de

referencia la regulación que el DCFR contiene sobre el cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias. La regulación del DCFR se compara con la contenida en otros textos, textos que son agrupados, a estos efectos, bajo el genérico nombre de *modelos para la modernización del Derecho de contratos*, incluyendo, entre ellos, a la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de 2009, de la Comisión General de Codificación.

IV. Dicho todo lo anterior, no creo necesario ahondar más, en esta Introducción, sobre el contenido y la finalidad de cada uno de los capítulos que conforman la tesis. Y es que, sin perjuicio de la disposición de los capítulos en un determinado orden –bajo el hilo conductor descrito en los párrafos precedentes– también se ha querido presentar cada uno de ellos *como una unidad autónoma en sí*. Y por ello, en cada uno de los capítulos se describe brevemente su objeto, su finalidad y, en su caso, se procede a las consideraciones metodológicas pertinentes. Igualmente, al final de cada capítulo de la tesis se exponen sus principales conclusiones. Por esta misma razón es que el cuerpo de *conclusiones generales*, al final de la tesis, es breve, pues simplemente tiene como objeto presentar, reformuladas y de forma sintética, las *conclusiones parciales* contenidas al final de cada uno de los capítulos.

PRIMERA PARTE

LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIO

Capítulo 1

Las bases romanas del modelo de regulación del Código civil español de los contratos de servicios: la *locatio conductio*

I. INTRODUCCIÓN

[1] En el Derecho romano, el contrato consensual *locatio conductio*¹ abarcaba una *pluralidad de posibles objetos* que, al menos visto ello desde una perspectiva moderna, responden a finalidades

¹ La *locatio conductio* es uno de los cuatro contratos consensuales, junto con la compraventa, el mandato y la sociedad [por todos, SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1969, pp. 501-503; y por lo demás, se dice así expresamente en GAYO 3.135: “*Las obligaciones se contraen mediante acuerdo en las compraventas, arrendamientos o locaciones, sociedades y mandatos*” (el texto para esta y todas las citas a las *Instituciones de Gayo*, están tomados de SAMPER POLO, F., *Instituciones jurídicas de Gayo, texto y traducción*, Editorial Jurídica de las Américas, México D. F., 2009)].

El carácter consensual del contrato *locatio conductio* le asemeja a la compraventa [“*la locación y conducción, como es natural y de todas las gentes, no se celebra por palabras, sino por el consentimiento, como la compraventa*” (D. 19.2.1)]. Esta asimilación a la compraventa no sólo se basa en el carácter consensual, sino que también hay similitud en el contenido [“*La locación y conducción es similar a la compraventa y se rige por las mismas reglas jurídicas*” (D. 19.2.2)]. Los textos en español de estas y de todas las demás citas al Digesto (D.), así como al Código (Cód.) y a las Instituciones (Inst.) de Justiniano, están tomados de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889.

económicas muy distintas. En la *locatio conductio* se enmarcan tanto la cesión temporal del uso de alguna cosa, como la realización de diversas clases de actividades.

En las fuentes se califica como *locatio conductio* la entrega de una cosa con cargo a restituirla, finalizado su uso, sea que deba devolverse la misma cosa o sólo el mismo género (D. 19.2.31). Así, por ejemplo, la entrega de un fundo (D. 19.2.3), de una vivienda (D. 19.2.5), de una habitación (D. 19.2.25) o de un esclavo (D. 19.2.43).

Pero también se califican como locatio conductio ciertas tareas o actividades, por ejemplo, confeccionar vasos de plata o anillos de oro (D. 19.2.31), lavar vestidos (D. 19.2.31), apacentar terneros (D. 19.2.9), remendar o limpiar alguna cosa (D. 19.2.9), transportar alguna cosa (D. 19.2.10), enseñar a un esclavo o a un aprendiz (D. 19.2.13), engastar o esculpir una piedra preciosa (D. 19.2.13), dar alojamiento (D. 19.2.13), custodiar alguna cosa (D. 19.2.40), o construir alguna cosa, como una casa (D. 19.2.30; D. 19.2.59) o un canal (D. 19.2.62).

[2] Las razones que llevaron a los romanos a reunir esas distintas finalidades económicas, bajo el mismo y único tipo contractual, no es un punto claro². De hecho, ni siquiera está claro el

² No obstante, el estudio de la cuestión de la unidad o tripartición de la *locatio conductio* ofrece algunas pistas sobre el origen de esta concepción unitaria romana (véase *infra* [11] y ss.) En todo caso, lo que sí parece claro es que la concepción unitaria del arrendamiento es de origen romano, puesto que no se encuentra en otros pueblos de la antigüedad. En el Derecho ateniense, por ejemplo, el arrendamiento de cosas, la confección de obras y la prestación de servicios, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho romano, no se encajaban dentro de un único tipo contractual (para una aproximación a las diversas “formas” de arrendamiento en la antigua Atenas, véase

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

origen de la *locatio conductio*³. Ahora bien, lo que no se discute es la unidad “externa” del tipo contractual. La propia terminología empleada en la denominación del contrato da cuenta de una cierta lógica tras esa unidad, pues, en la *locatio conductio*, una de las partes entrega o “coloca” (“*locare*” y de ahí, la denominación de *locator*) una cosa en manos de la otra parte, quien la “lleva” (“*conducere*”, y de ahí que se le denomine *conductor*) a fin de hacer algo con ella (usarla, transformarla, transportarla, etc.) debiendo restituirla luego al *locator*⁴. Esta lógica (una parte “coloca” algo en manos de la otra) permite dar cabida a la *prestación de actividades o servicios incluso cuando no hay propiamente “colocación” de un objeto material sobre el que deba trabajarse*, en la medida que se considere que “lo que se coloca” es la propia persona, a disposición de las órdenes de otro⁵.

CAILLEMER, E., *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes. Huitième étude: Le contrat de louage a Athènes*, Paris, 1869).

³ Desde luego, no es este el lugar para entrar en esta cuestión. Sobre el punto, GIRARD, por ejemplo, estima que, aunque es posible sostener que, al menos en lo que respecta a uno de sus “tipos” –la *locatio conductio rei* o “arrendamiento de cosas”– el contrato consensual fue precedido de uno real (formado por la entrega de la cosa), el contrato posiblemente debió ser precedido de una doble estipulación, al igual que la venta (GIRARD P. F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4.ª ed., Paris, 1906, p. 566).

⁴ En este sentido, KASER: “es un contrato unitario, y este carácter se mantiene a pesar de la variedad de relaciones que puede constituir su contenido” (KASER, M., *Derecho romano privado*, versión de la 5.ª ed. alemana por José Santa Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, 1968, p. 197). En el mismo sentido GUZMÁN BRITO, para quien la misma denominación “*locatio conductio*” pone de relieve que, para los romanos, todos los supuestos, incluida la llamada *locatio conductio operis*, tienen como elemento común la existencia de la “colocación” de algo a otro, que la “conduce” o “lleva” para hacer algo (cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, 6.ª ed., Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. 2, p. 154).

⁵ Esta idea no es romana, de hecho, es mucho más antigua. Hay evidencia de que en Mesopotamia, en el período neo-babilonio (siglos VII-VI AC) los contratos de trabajo contenían usualmente la expresión “colocarse a disposición de (nombre del

[3] A fin de poder valorar el grado de influencia que este modelo de la *locatio conductio* ha tenido posteriormente en el Código civil español, es indispensable estudiar, con mayor detenimiento, algunos aspectos importantes.

Un primer aspecto es, el de la delimitación externa de la *locatio conductio* frente a otros tipos contractuales. Y es que, el amplio abanico de posibles objetos que podía tener la *locatio conductio* no implica que todas las relaciones jurídicas que tuvieran por objeto un “servicio” o una “actividad” quedasen bajo su alero.

Un segundo aspecto que interesa particularmente es, saber si puede decirse que en el Derecho romano existe un modelo general de regulación de los “contratos de servicio” (en un sentido amplio). Dicho de otro modo, interesa determinar si es posible, a partir de algunas notas sustantivas, caracterizar el modelo romano de la contratación remunerada de servicios. Ahor bien, tal tarea no es sencilla, pues se requiere determinar, previamente, si es posible distinguir “modalidades” o “subtipos” de *locatio conductio*, lo que nos lleva al conocido problema de la unidad o tripartición de la *locatio conductio*.

Este capítulo, en consecuencia, se estructura en tres partes. La *primera* trata de la delimitación externa del tipo *locatio conductio*. La *segunda*, trata del problema de su la división interna del tipo (la cuestión de la

empleador)” e “ir bajo la dirección de (nombre del empleador)”, en una comprensión similar a la del Derecho romano (*cfr.* SILVER. M., *Economic Structures of Antiquity*, Greenwood Publishing Group, 1995, p. 136).

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

unidad o tripartición), y *la tercera*, da cuenta de los principales aspectos sustantivos del modelo romano de la contratación de servicios.

II. LA DELIMITACIÓN EXTERNA DEL TIPO *LOCATIO CONDUCTIO* FRENTE A OTROS CONTRATOS (DEPÓSITO, MANDATO Y COMPRAVENTA)

[4] Los elementos característicos de la *locatio conductio*, que permiten distinguirla de otros contratos en los que una parte también ha de realizar alguna actividad en favor de la otra, son dos. Uno, su carácter *esencialmente oneroso*. El otro, la necesidad de que una de las partes *entregue a la otra algo, sobre lo que esta otra parte ha de realizar su actividad*.

1. EL CARÁCTER ESENCIALMENTE ONEROSO DE LA *LOCATIO CONDUCTIO*

[5] La *locatio conductio* es un contrato esencialmente oneroso: debe existir una contraprestación o precio, llamada generalmente *merces* ⁶, que debe consistir en dinero ⁷. Conviene destacar que esta

⁶ GAYO 3.142: “El arrendamiento o locación se rige por reglas similares, ya que a menos que se fije precio, no se considera que se haya contraído” [“*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statua sit, non uidetur locatio et conductio contrahi*”; destacado añadido]. Como sostiene MARTÍNEZ VELA, las fuentes también utilizan otros términos, como *pensio*, *manupretium*, o *venctura*, pero *merces* es el más común. Por otro lado, el carácter esencialmente oneroso de la *locatio conductio* no impedía que, posteriormente, las partes pudieran acordar o disponer su condonación (cfr. MARTÍNEZ VELA, J. A., “Breves reflexiones sobre la *merces* en el contrato de *locatio conductio*”, *RGDR*, 14, 2010, pp. 2-6).

⁷ Por ello, si se da como *merces* algo distinto de dinero, o se compromete a cambio un hecho, entonces el contrato sería un contrato innominado, y en consecuencia, no habría acción civil (cfr. MICHON, L., *Droit romain: du louage d’ouvrage, locatio conductio*

merces la paga quien se beneficia de la “colocación”, de forma que, según el caso, puede ser de cargo del *locator* o del *conductor*.

Esta última precisión es importante, ya que, debido a que la designación de las partes en la *locatio conductio* no está vinculada a la obligación del pago del precio, la utilización de voces modernas, como son “arrendatario” y “arrendador”, no es adecuada para describir y analizar el rol de las partes en la *locatio conductio*, y más bien puede generar confusión, puesto que las voces “arrendatario” y “arrendador” designan, respectivamente, a la parte que paga y a la parte que recibe el precio o “renta”⁸.

operis faciendi. Droit français: des enquêtes parlementaires, étude de Législation comparée. Thèse pour le doctorat, Paris, 1890, p. 54 y ss.). La afirmación se apoya en GAYO 3.144 (“Se pregunta asimismo si hay locación en el caso de que yo te diera a ti una cosa para usarla, y a la vez recibiera yo otra de ti”; cfr. Inst. 3.24.2); texto que debe leerse en relación con GAYO 3.142 (que establece que las reglas de la *locatio conductio* son las mismas que las de la compraventa, véase nota anterior) y GAYO 3:141 (“El precio debe consistir en una cantidad determinada de dinero. Se cuestiona si realmente puede consistir también en otras cosas [...]”). Según los autores, la única excepción a esta regla, de que la contraprestación en la *locatio conductio* debía ser una suma de dinero, fue la llamada *colonia partiaria*, por la cual el conductor prometía, como remuneración, parte de los frutos de la cosecha (cfr. SCHULZ, *Derecho romano*, p. 522; GIRARD, *Manuel Élémentaire*, p. 568).

⁸ Sobre este punto, conviene señalar que, aun cuando, posteriormente, en el Derecho intermedio español se utilizó también la voz “*logar*” (que es derivada de “*locatio*”), se terminó imponiendo la de “arrendamiento”, voz que no se construye en consideración de la cosa que se “coloca” sino en consideración del beneficio que se obtiene como contrapartida, la “renta” (del latín, *reddita*), y consecuentemente, ello define los roles: es “arrendador” quien recibe la renta, y “arrendatario” quien la paga [cfr. GUZMÁN, *Derecho Privado Romano*, t. 2, p. 154]. Véase también *infra* [31].

También la codificación francesa rompió con esta tradición terminológica de calificar a las partes del contrato según cuál es la parte que “coloca” algo, aun cuando se conserva la influencia lingüística en las voces modernas (el contrato de arrendamiento se denomina *louage*; y las partes *locateur*, y *locataire*). En efecto, desde la codificación civil se entiende que lo que califica a las partes en este contrato (*louage*) no es quién “coloca”, sino la determinación de quién debe pagar el precio, siendo siempre *locataire* quien lo paga, y *locateur*, quien lo recibe (sobre este punto, véase *infra* nota 147).

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

El elemento de la onerosidad juega, como se ha señalado, un rol relevante en la delimitación externa del tipo de la *locatio conductio*, respecto de otros contratos⁹. En lo que aquí interesa, lo juega particularmente respecto de aquellos contratos que también tienen por objeto una “actividad”. En efecto, la onerosidad permite distinguir la *locatio conductio* del contrato de depósito y del contrato mandato.

a) La *locatio conductio* y el contrato de *depositum* (depósito)

[6] A diferencia de la *locatio conductio*, contrato esencialmente oneroso, el de depósito es un contrato esencialmente gratuito. Así, si la obligación de cuidado y vigilancia de una cosa, por tiempo determinado, es obligación remunerada, habrá *locatio conductio* y no depósito¹⁰.

⁹ El carácter esencialmente oneroso de la *locatio conductio* también es el elemento que permite –como en la actualidad– distinguir este contrato del contrato de comodato, cuando la prestación de la *locatio conductio* consiste en la entrega de una cosa para que otro la use y disfrute por un tiempo [*“Una cosa ha sido dada propiamente en comodato, si no habiéndose aceptado o establecido ninguna retribución, se te dio la cosa para usarla: de otro modo, mediando retribución, se estima que se te arrendó el uso de la cosa; pues el comodato debe ser gratuito”* (Inst. 3.9.2)].

¹⁰ Inst. 3.26.13: *“Ha de saberse, por último, que el mandato, si no fuere gratuito, cae en otra forma de negocio; porque habiéndose fijado estipendio, comienza á ser arrendamiento: y para hablar en general, en aquellos casos en que, habiéndose aceptado un encargo sin retribución, se celebra un contrato de mandato o de depósito, en estos mismos casos, mediando retribución, se entiende que se hace un arrendamiento”* (destacado añadido). No es fácil, sin embargo, determinar si, en la lógica de la tricotomía de la *locatio conductio* habría de considerarse *locatio conductio operarum* o *locatio conductio operis* (sobre la cuestión de la unidad o tricotomía, véase *infra* [11] y ss.). Sin duda la solución depende de en cuál de las obligaciones se pone el acento: si en la de cuidado, sería *operarum*; si en cambio, en la de restitución, sería *operis* (como afirman, por ejemplo, DAZZA MARTÍNEZ, J./RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 347).

Ahora bien, lo anterior puede afirmarse con claridad, en todo caso, sólo en relación con el Derecho romano clásico. Pues, ya en la compilación justiniana se advierte una contradicción: a la vez que se recoge el principio del carácter esencialmente gratuito del depósito, ciertos pasajes parecen admitir el “depósito remunerado”¹¹.

b) La *locatio conductio* y el contrato de *mandatum* (mandato)

[7] Al igual que el depósito, el contrato romano de mandato es un contrato esencialmente gratuito: según las fuentes, si se conviene una remuneración a favor del mandatario, el contrato degenera en *locatio conductio*¹².

[8] No obstante lo dicho, hay que tener presente que la onerosidad esencial de la *locatio conductio* sirve como elemento de

¹¹ MARTÍN SANTISTEBAN señala que la doctrina mayoritaria entiende que, si el dinero no se hubiera recibido en concepto de salario sino de premio, honorario o indemnización, el acuerdo celebrado entre las partes seguiría siendo un depósito (MARTÍN SANTISTEBAN, S., “Responsabilidad en el contrato de depósito, su génesis histórica”, *ADC*, 2004, p. 136). METRO señala que en el Derecho justiniano la desnaturalización del depósito en *locatio conductio*, en caso de mediar una *merces* parece no ser una consecuencia necesaria, “creando” el depósito remunerado. El autor concluye, de un análisis de los textos, que “en el derecho justiniano decayó el principio de la absoluta gratuidad del depósito, elemento en cambio fundamental para los clásicos y común, por otra parte, también a otros contratos. Surge entonces una nueva concepción justiniana que recibe la categoría de contratos reales, pero introduce importantes excepciones que destruyen la tipicidad de las figuras contractuales individualmente consideradas” (cfr. METRO, A., “El depósito retribuido desde el Derecho romano hasta los modernos códigos”, *RGDR*, n. 10, 2008, pp. 7-9).

¹² D. 17.1.1.4 (“Es nulo el mandato, si no es gratuito, porque trae su origen de la oficiosidad y de la amistad; luego la retribución es contraria a la oficiosidad, porque interviniendo dinero, la cosa tira más bien a locación y a conducción”) y también Inst. 3.26.13 (*supra* nota 10).

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

delimitación conceptual, respecto del mandato, sólo en *aquellos casos en los que la prestación característica de ambos contratos coincide sustancialmente*. Esta precisión es importante, porque, como se muestra de inmediato, en la doctrina romanista no parece ser un punto pacífico el que el único criterio para diferenciar estos dos contratos sea la onerosidad o gratuidad esencial que los caracteriza.

Entre quienes sugieren que ambos contratos (*locatio conductio* y mandato) tienen la misma prestación característica, y que la única diferencia que hay entre ellos es la existencia de una remuneración, se encuentra, por ejemplo, GIRARD, quien sostiene que el carácter esencialmente gratuito del mandato permite inferir que, a la inversa, “cualquier servicio que a cambio de una *merces* constituiría un arrendamiento, es objeto de mandato cuando el mismo se encarga gratuitamente”¹³.

El problema es admitir tal posición es que resulta muy difícil justificar la existencia independiente de los contratos de *locatio conductio* y de mandato, porque hubiera bastado admitir la contratación de servicios gratuitos (en el marco de la *locatio conductio*), o bien la posibilidad de un mandato remunerado, para que la distinción entre ambos contratos hubiera desaparecido. Y sin embargo, la diversa calificación contractual

¹³ GIRARD, *Manuel Élémentaire*, pp. 581-582. El autor agrega que “*le fait dont une des parties est chargée*” puede ser la administración general de un patrimonio o la ejecución de un acto determinado, y que, en este último caso, puede ser tanto un acto material, como la limpieza de unos vestidos o la exposición de un alegato, como un acto jurídico, como garantizar una deuda o la compra de un bien por su cuenta.

se mantiene *incluso una vez que se admite la posibilidad de pactar una remuneración en el mandato*¹⁴.

Lo cierto es que la justificación de la distinción entre la *locatio conductio* y el mandato parece obedecer, más bien, a consideraciones sociales: los servicios materiales (manuales) tenían una baja consideración social, a diferencia de los servicios inmateriales o intelectuales, que podían ser prestados por hombres libres y que, por la consideración social que merecían quienes los prestaban, no podían ser remunerados. En consecuencia, ciertos “servicios”, como los del abogado, constituían necesariamente *mandatum*, y no *locatio conductio*¹⁵.

Por otro lado, se ha sostenido que el mandato podía tener como objeto la prestación de ciertos servicios que *en ningún caso podrían encajar en la locatio conductio*, como la realización de actos jurídicos y en general, la administración de un patrimonio¹⁶. Se ha sostenido, además, que “los

¹⁴ *Ibíd.*, pp. 581-582. El autor sostiene que, una vez que fue admitida la contraprestación en el mandato, este contrato debió haber quedado comprendido en la *locatio conductio*, y la contraprestación debió calificarse como *merces*, pero que, en cambio, se le dio otro nombre distinto a la contraprestación (*honorarium*), y se permitió únicamente reclamar su pago por vía extraordinaria. Así, el *honorarium* del mandato se considera más bien una donación remuneratoria que un pago equivalente al servicio recibido [cfr. SCHULZ, *Derecho romano*, pp. 530-531; D’ORS, Á., *Derecho privado romano*, 3.ª ed., EUNSA, Navarra, 1977, p. 516; ALEMÁN MONTERREAL, A. M., *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Editorial Universidad de Almería, Almería, 1996, pp. 57-68, y MARTÍNEZ VELA (2010) pp. 7-9].

¹⁵ Cfr. ALEMÁN MONTERREAL, *El arrendamiento de servicios*, pp. 57-68; y ZIMMERMANN, R., *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1.ª ed, Juta and Co., Cape Town, 1990 (reimpresión 1992) pp. 388-391.

¹⁶ Cfr. MICHON, *Droit romain*, p. 53; y D’ORS, *Derecho privado romano*, pp. 516-518. En todo caso, conviene recordar que el mandato romano no es una forma de representación jurídica. Los actos del mandatario no obligan al mandante en ninguna forma y los contratos celebrados por aquél lo son siempre a nombre propio.

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

trabajos materiales gratuitos no constituyen mandato, sino que quedan fuera de toda consideración jurídica”¹⁷.

2. LA NECESIDAD EN LA *LOCATIO CONDUCTIO* DE QUE SE ENTREGUE UNA COSA: DISTINCIÓN RESPECTO DE LA COMPRAVENTA

[9] Como se ha indicado, la onerosidad esencial de la *locatio conductio* no es el único elemento relevante en lo que se refiere a su delimitación externa como tipo contractual. La caracterización genérica del tipo *locatio conductio*, sobre la base de que exige siempre la “colocación” de una cosa, constituye el otro elemento de delimitación conceptual externa, que juega un rol en el caso en el que, a cambio de un precio, la obligación que asume el *conductor* consista en manipular (transformar, modificar, procesar, etc.) algo que ha recibido y que posteriormente debe restituir.

En este sentido, la determinación de *quién es el que aporta el material necesario para la confección de un bien*, opera como criterio de distinción entre la *locatio conductio* y el contrato de compraventa. Así, si es el artífice quien suministra la parte principal de la materia con la cual debe confeccionarse el objeto, se entiende que el contrato es *compraventa* (y el artífice no es, por tanto, *conductor* sino vendedor)¹⁸.

¹⁷ Cfr. D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 518.

¹⁸ GAYO 3.147 (cfr. Inst. 3.24.4): “Si yo conviniera con un orfebre que me hiciera unos anillos con oro suyo de un peso y forma determinados, y recibiera, por ejemplo, doscientos denarios: ¿se contrae compraventa o locación? Casio dice que, por el trabajo, hay compraventa; por la materia, locación, si bien, la mayoría opinó que se contraía compraventa. Mas si yo le diera oro mío y además una paga por el trabajo realizado, se

En caso contrario, o sea, si la parte que encarga la confección del bien es quien suministra la materia, el contrato es calificado de *locatio conductio*.

Ahora bien, hay que tener presente que la calificación de este supuesto como *locatio conductio* supone admitir que la relación entre *locator* y *conductor* queda fuera del ámbito de la *specificatio*, cuestión que, a partir de los elementos que ofrecen las fuentes, es discutible. En este sentido, STOOP (1998) ofrece evidencia de un debate entre los juristas romanos: mientras que para los sabinianos el hecho de que los materiales se hayan transformado en una *nova res* no afecta al derecho de dominio (y, por tanto, es posible decir que el objeto producido por el artífice pertenece en todo momento al que ha encargado la obra, suministrando los materiales), el punto de vista de los proculeyanos era que, por el trabajo de transformación, el artífice se hace dueño de la *nova res*, y por tanto, al hacer entrega (“restitución”) de este bien al que lo encargó, el artífice está en la posición de “vendedor”¹⁹.

El hecho de que, en la *locatio conductio*, deba “colocarse” algo, determina y permite explicar el que, el contrato por el cual una parte encarga la construcción de un inmueble, aun cuando el constructor sea quien ponga todos los materiales necesarios, *sea considerado siempre locatio conductio y no compraventa*, desde que el suelo sobre el que se

admite que hay locación”. La solución parece razonable, porque no se entiende porqué habría que distinguir este caso –la compra de un objeto que debe realizarse– del caso en que el objeto hubiera sido ya confeccionado (cfr. MICHON, *Droit romain*, p. 51).

¹⁹ STOOP, B.C., “*Non solet locatio dominium mutare*. Some remarks on *specificatio* in classical roman law”, *TVR*, 3, 1998, especialmente, p. 17 y ss.

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

construye –que es de propiedad del *locator*– se mira como la materia principal²⁰.

[10] La distinción entre la compraventa y la *locatio conductio* es importante, puesto que, sin perjuicio de que existen similitudes entre estos dos contratos²¹, hay diferencias en materia de responsabilidad y riesgos²².

III. LA DIVISIÓN INTERNA DEL TIPO *LOCATIO CONDUCTIO*

[11] Como inicialmente se apuntó (*supra* [3]), la pluralidad de objetos, que caracteriza al contrato de *locatio conductio*, no sólo plantea los mentados problemas de delimitación externa del tipo contractual (en relación con los contratos de depósito, mandato y compraventa), sino que, además, ha dado lugar a la conocida *cuestión sobre la unidad o tripartición de la locatio conductio*. Es éste un debate académico sobre la

²⁰ D. 19.2.22.2: “Cuando arriendo la edificación de una casa, de modo que el arrendatario lo haga todo a su costa, me transmite la propiedad de todo y, no obstante, hay locación, pues el que hace la obra arrienda su trabajo es decir, el tener que hacerla” [“*Quum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem*”; destacado añadido].

²¹ Véase *supra* nota 1.

²² Sobre todo una vez que la responsabilidad por vicios ocultos se vuelve la regla general respecto de todas las compraventas, ya que el *conductor*, en el marco de la *locatio conductio*, responde sólo por *impericia* y *culpa*, y no por la calidad de los materiales si no ha sido él quien los ha aportado (véase *infra* [24]). Debido precisamente a lo que se acaba de decir, STOOP sostiene que la calificación de los contratos para la confección de bienes a partir de materiales ajenos como *locatio conductio* o como compraventa (si se considera que quedan cubiertos por el principio de la *specificatio*) tuvo que ser un problema importante en la práctica [*cfr.* STOOP (1998) pp. 22-23].

historicidad y potencial utilidad didáctica de la división generalizada de la *locatio conductio* en tres “modalidades” o “subtipos” (la llamada teoría de la tripartición), y que son las siguientes: la *locatio conductio rei* (arrendamiento de cosa), la *locatio conductio operarum* (arrendamiento “de servicios”) y la *locatio conductio operis* (arrendamiento “de obra”).

Siendo, propiamente, un debate de la doctrina romanista, una aproximación al problema de la unidad o tripartición de la *locatio conductio* tiene interés para esta tesis, al menos en los tres siguientes aspectos: *i)* ayuda a comprender los motivos que llevaron a los romanos a agrupar bajo un mismo tipo contractual relaciones económicas que hoy nos resultan claramente distinguibles; *ii)* resulta útil a la hora de entender y justificar los “subtipos” de arrendamientos que el *Code civil français* de 1804 contempló, y en consecuencia, también permite entender los “subtipos” de arrendamiento que recogió el Código civil español; y *iii)* es un antecedente necesario para valorar el alcance de la actual asimilación jurisprudencial y doctrinal de la *locatio conductio operis* al “contrato de obra”, y de la *locatio conductio operarum* al “contrato de servicios” (sobre esta asimilación, *infra* [80]). Todo lo anterior justifica las páginas que siguen.

1. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD O TRIPARTICIÓN DE LA *LOCATIO CONDUCTIO*: LAS DISTINTAS TESIS DE LOS AUTORES

a) La tesis unitaria de la *locatio conductio*

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

[12] Aun cuando suele admitirse que es posible hallar antecedentes de la tesis unitaria de la *locatio conductio* en alguna doctrina del siglo XIX²³, hay consenso en que fue ARANGIO-RUIZ (en 1921) el primero que explícitamente rechazó que los romanos conocieran la tripartición de la *locatio conductio*²⁴. ARANGIO-RUIZ asume, claramente, una postura “rupturista” con la que él denomina “tesis dominante”²⁵.

²³ Como antecedente de la visión unitaria propuesta por ARANGIO-RUIZ en 1921 (de la que se da cuenta de inmediato en el cuerpo del texto) suele citarse la tesis de BECHMANN. Este autor, en la segunda mitad del siglo XIX, había intentado reducir el origen de las tres especies de *locatio conductio* al esquema unitario de la *locatio rei*, basándose en que en los tres casos el objeto del contrato era una *res* (cosa): en la *locatio conductio operarum*, al menos en el origen, el objeto del contrato no es el trabajo sino la entrega de un esclavo (y por tanto, es esencialmente un arrendamiento de cosa); y en el caso de la *locatio conductio operis*, el contrato sólo se considera arrendamiento cuando el *locator* es quien entrega las materias para la construcción (en caso contrario, como se ha visto, se consideraba como una compraventa) de modo que es también un arrendamiento de cosa, que el conductor debía restituir transformada, y pagando una cifra simbólica: “*nummus unus*” [sobre este punto véase FIORI, R., *La definizione della «Locatio conductio»*: *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Nápoles, 1999, pp. 1-2, en nota; y BRASIELLO, “L’unitarietà del concetto di locazione in diritto romano”, *RISG*, 1927, enero-marzo, p. 537]].

Así, para BECHMANN, la única diferencia existente entre los diversos “tipos” de *locatio conductio* estaría en quién debe el precio: en la *locatio conductio operis* el pago del precio sería de cargo del *locator*, mediante una *lex contractus* que tendría como efecto una inversión respecto del contratante que se beneficia de la cosa y que debe pagar por ello (*cfr.* AMIRANTE, “Ricerche in tema di locazione”, *BIDR*, 1959, n. 1, p. 10, en nota). La debilidad de este punto fue puesta de manifiesto por PERNICE, pues ello implicaría admitir una *lex* particular dirigida a mutar el negocio en sentido contrario, lo que no parece posible [sobre este punto, véase BRASIELLO (1927) p. 554 y ss.; y AMIRANTE (1959) p. 10].

²⁴ Atribuyen esta primacía temporal a ARANGIO-RUIZ, entre otros autores: BRASIELLO (1927) p. 535; AMIRANTE (1959) p. 9; ALZON, “Réflexions sur l’histoire de la locatio-conductio”, *RHDFE*, 1963, p. 553; PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re aspetti della locazione in diritto romano*, Milán, 1983, p. 135; PÓKECZ KOVÁCS, A., “Quelques observations sur la division de la locatio conductio”, *SIA*, 2001, p. 217.

²⁵ ARANGIO-RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto Romano*, 6.^a ed. inalterada, Nápoles, 1942, p. 354 y ss. En efecto, ARANGIO-RUIZ, tras definir la *locatio conductio* como “un contratto

Sin embargo, el estudio realizado en esta investigación, de la doctrina romanista del siglo XIX sobre este punto, impide identificar la tesis de la tripartición de la *locatio conductio* como marcadamente dominante en ese período. Es cierto que en algunos importantes textos de Derecho romano del siglo XIX es posible hallar el esquema tripartito de la *locatio conductio* ²⁶, pero, en otros textos, la división es simplemente bipartita, oponiendo el “arrendamiento de cosas”, al “arrendamiento de obras y servicios” ²⁷ (que algunos subdividen, a su vez, en *locatio*

consensuale, in forza del quale una delle parti (locatore) si obbliga a mettere nella materiale disposizione dell'altra (conduttore) una certa cosa, che questa si obbliga a restituire dopo averla goduta per un certo tempo o dopo averla manipolata o trasportata nel modo convenuto: secondo le varie ipotesi, spetta al locatore o al conduttore il corrispettivo di una somma di danaro, detta mercede (*merces*)”, expresa que “[l]a definizione che diamo non corrisponde alla dottrina dominante; secondo la quale il nome della locazione-conduzione è comune a tre contratti diversi” (pp. 354-355; cursivas añadidas).

²⁶ Por ejemplo, ORTOLAN. Este autor explica que el objeto del arrendamiento puede ser de diversa naturaleza, acogiendo la tripartición de la *locatio conductio*: hay locación de cosa (*res*), de trabajos o servicios (*operae*), y de una obra cualquiera (*opus*), agregando que en la locación de trabajos o servicios, éstos deben pagarse en proporción a su duración; mientras que por las obras se paga un precio determinado (cfr. ORTOLAN, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, traducido de la tercera edición por Pérez de Anaya, Madrid, 1847, t. 2, pp. 353-370). También HEINECCIO, quien señala que la locación puede ser de cosas, de servicios (“cuando se prestan los que son liberales”) o de obras (“cuando se hace alguna obra por cierta merced”), aunque, para definir la *locatio conductio* más bien utiliza una división bipartita, pues dice que “es un contrato consensual en que se permite el uso de alguna cosa por tiempo determinado, o se prestan servicios pagando cierto precio” (cfr. HEINECCIO, J. G., *Elementos de Derecho Romano*, traducidos y anotados por J. A. S, Madrid, 1829, pp. 289-296).

²⁷ Por ejemplo, WARNKOENIG, define la *locatio conductio* como un contrato en virtud del cual una parte se obliga a ceder el goce de una cosa a la otra durante un tiempo, o a hacer algo para ella por un precio convenido, distinguiendo en forma implícita, luego, dos categorías: por un lado, el contrato de arrendamiento de cosa, y por otro, el arrendamiento de obras o servicios –como una sola categoría– dentro de la cual ubica la construcción de alguna obra, pero que no trata de forma separada [WARNKOENIG, L. A., *Éléments de droit romain privé (traduit du latin sur la seconde édition)*, Paris, 1827, p. 181 y ss.]. También distingue sólo dos tipos PHILLIMORE: “hay dos objetos principales

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

conductio operis y locatio conductio operarum)²⁸. Por otra parte, los textos en los que se encuentran esas “divisiones” generalmente no tratan por separado esas distintas modalidades de la *locatio conductio*.

ARANGIO-RUIZ construyó su teoría unitaria de la *locatio conductio* a partir de una constatación fundamental: basta la lectura de las líneas que GAYO dedica a la *locatio conductio* [GAYO 3.142 y ss.], y del título respectivo del *Digesto* [D. 19.2 (“*Locati, conducti*”)] para concluir que en el pensamiento de los romanos no existía la división tripartita de la *locatio conductio*. Por ello, el mentado autor define la *locatio conductio* como un contrato consensual, en virtud del cual una parte (el *locator*) se obliga a poner a disposición de la otra (el *conductor*) una cosa determinada, y

de la *locatio conductio*. Primero, la *locatio conductio rerum*. En segundo lugar, la *locatio conductio operarum*” (cfr. PHILLIMORE, J. G., *Private Law among the romans from the pandects*, London and Cambridge, 1863, p. 263).

²⁸ Por ejemplo, MACKELDEY, quien enfrenta el arrendamiento de cosas (que llama simplemente *locatio et conductio*) al alquiler de obra (que denomina *locatio conductio operarum*). Éste, a su vez, lo divide en dos especies: “cuando un criado o artesano promete hacer una obra por cierta prenda” y “cuando alguno promete hacer una obra por una retribución determinada” (*locatio conductio operis*). La *locatio conductio operis* sería, como se observa, una modalidad del tipo más amplio, la *locatio conductio operarum*, pero distinta de la “obra” prometida por el artesano o criado (cfr. MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho Romano*, segunda edición, Madrid, 1846, pp. 236-240). En el mismo sentido, PETIT, quien dentro de la categoría de arrendamiento de servicios, distingue *operis* y *operarum* (cfr. PETIT, E., *Traité élémentaire de Droit romain*, 4.^a ed., Paris, 1903, pp. 384-388); y MAY, quien también divide el arrendamiento en dos grandes grupos, de cosas y de industria, y al interior de esta última categoría incorpora la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum* (cfr. MAY, G., *Éléments de Droit romain*, Paris, 1890, pp. 320-321).

En los compendios y cursos de Derecho romano editados en España en la primera parte del siglo XIX (generalmente basados en textos extranjeros) tampoco se observa con claridad la mentada tripartición de la *locatio conductio*. Por ejemplo, en NAVARRO, R./DE LARA, R. J./DE ZAFRA, J. Á., *Curso Completo elemental del Derecho Romano*, Madrid, 1842, p. 292 y ss., se sigue la clasificación bipartita de MACKELDEY; y la misma división aparece en D. F. C., *Compendio del Derecho Romano*, Barcelona, 1846, pp. 158-162.

esta otra parte se obliga a restituírsela después de haberla disfrutado por cierto tiempo o después de haberla manipulado, o transportado, del modo convenido. En la definición de ARANGIO-RUIZ, el elemento unificador de la *locatio conductio* es siempre una “cosa” que se entrega y que debe ser restituida, sin que sea relevante a quién corresponde el correlativo pago del precio²⁹.

[13] A partir de la tesis de ARANGIO-RUIZ, varios autores defendieron el carácter unitario de la *locatio conductio*. El primero de ellos parece ser BRASIELLO (en 1927)³⁰. Este autor señala, expresamente, que toma como punto de partida la tesis de ARANGIO-RUIZ, tesis que se propone examinar con una completa revisión de las fuentes³¹. Como resultado de esta investigación, BRASIELLO no sólo puede tener por cierta la afirmación hecha por ARANGIO-RUIZ sobre la inexistencia de la tripartición en GAYO o en el Digesto, sino que agrega dos nuevos argumentos en apoyo de la tesis de la unidad. Por un lado, BRASIELLO sostiene que el silencio de GAYO sobre este punto es prueba de que la tripartición no era conocida por lo romanos, pues en tal caso bien podría Gayo haber hecho la distinción entre diversas clases de *locatio conductio* (pues, por ejemplo, al hablar del contrato de sociedad, GAYO sí presenta una división entre los diferentes tipos de sociedad). Por otro lado, también como argumento en apoyo de la tesis unitaria, BRASIELLO agrega que en el edicto del pretor existe *una sola fórmula* para la *actio*

²⁹ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Instituzioni*, p. 354 y ss.

³⁰ Trabajo citado *supra* nota 23.

³¹ *Ibíd.*, p. 535

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

locati y para la *actio conducti*, destacando, en este punto, la importancia que tenían las formulas en relación con el Derecho sustantivo³².

[14] Otro autor que defendió la tesis unitaria de la *locatio conductio* fue OLIVIER-MARTIN (en 1936)³³. Este autor, luego de un largo análisis de las fuentes, concluye que tanto las obras clásicas como la de los grandes comentaristas, y los textos bizantinos como clásicos, ignoran la existencia de una división tripartita del arrendamiento³⁴. Pero además, OLIVIER-MARTIN propone el que, a su juicio, es el argumento definitivo para rechazar la división tripartita: que es posible reconstruir la génesis de la teoría de la tripartición, *ubicándola en la pandectística*, en algún momento entre los años 1675 y 1820, e incluso identifica a quien, a su juicio, es su probable autor, el holandés Johannis VOET (1647-1713).

OLIVIER-MARTIN afirma que, en su opinión, el primero en utilizar la división tripartita de la *locatio conductio* fue VOET en su obra *Commentarius ad Pandectas*. De ahí que se trate, según OLIVIER-MARTIN, de una división que aparece fuera del ámbito del *ius commune*, lo que niega la posible influencia de esta teoría en el

³² *Ibíd.*, p. 541. En el resto de su análisis, BRASIELLO justifica la unidad conceptual de la *locatio conductio*, sobre la noción de una cosa que se entrega: primero, porque no hay diferencia conceptual entre la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio rei* (puesto que se “da” igualmente una cosa, las “*operae*” son los frutos del trabajo); luego, analizando la *locatio conductio operis*, sostiene que para los romanos el objeto del contrato no era la actividad –el trabajo– sino la cosa que el *locator* entrega al *conductor*, para que haga algo con ella (*ibíd.*, p. 547 y ss.).

³³ OLIVIER-MARTIN, F, “Des divisions du Louage en Droit Romain”, *RHDFE*, 1936, pp. 419-475.

³⁴ *Ibíd.*, pp. 419-425.

proceso codificador francés³⁵. Ahora bien, sobre esta hipótesis de OLIVIER-MARTIN, conviene tener presente que:

i. Como sostuvo AMIRANTE (1959), la investigación de OLIVIER-MARTIN, “dada la magnitud de la materia examinada, no deja de parecer un poco fragmentaria y sujeta, por lo mismo, a prudente reserva”. AMIRANTE apunta, en este sentido, que también el Derecho canónico y la jurisprudencia rotal habrían contribuido a la formación del contrato de arrendamiento, aspectos no considerados por OLIVIER-MARTIN³⁶.

ii. Es cierto que la tripartición de la *locatio conductio* puede apreciarse en la obra de VOET³⁷, pero ello no es, necesariamente, prueba de su autoría. OLIVIER-MARTIN no señala el año de la primera edición de la obra de VOET (sólo indica que utiliza la edición de 1773), pero lo más probable es que dicha obra haya visto la luz por primera vez alrededor de 1698. La investigación realizada sobre este punto arroja que, por esos mismos años, es posible encontrar al menos alguna otra obra en la que se contiene

³⁵ OLIVIER-MARTIN concluye su estudio, en este punto, con estas palabras: “se trata de una teoría [la de la tripartición de la *locatio conductio*] que, lejos de ser parte de la autentica herencia del derecho romano, ha sido inventada en forma bastante oscura, hace poco más de dos siglos, por un jurisconsulto holandés” (*ibíd.*, p. 474).

³⁶ Cfr. AMIRANTE (1959) p. 11 nota 10.

³⁷ Por ejemplo, en su comentario al Libro XIX, Título II, párrafo 33, cuando explica la diferencia entre la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*, sobre la base de quién es, en cada caso, el que recibe y paga la *merces*, en estos términos: “*Ac in hâc operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor praestet*” (VOET, J., *Commentarius ad pandectas*, t. 1, Coloniae Allogrobum, 1777, p. 679).

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

claramente la distinción tripartita de la *locatio conductio* [así, está presente en E. F. SOMETING, *Introductio in Universum Jus* (1698)]³⁸.

[15] Tras BRASIELLO y OLIVIER-MARTIN, otros autores han defendido la tesis unitaria, si bien no siempre construyen su tesis sobre las mismas bases a partir de las cuales la construyó ARANGIO-RUIZ. Entre estos autores se cuentan, por ejemplo, AMIRANTE (en 1959)³⁹, PINNA PARPAGLIA (en 1983)⁴⁰ y, en forma algo más reciente, FIORI (en 2001)⁴¹.

³⁸ SOMETING, al tratar el contrato *locatio-conductio* (Titulus XXV, pars I), dedica un párrafo (IV) a su división, distinguiendo la *locationem rei* de la *locatio operarum*, y luego (p. 649) distingue entre la *locatio conductio operarum* “en especie” (en sentido estricto) que tiene por objeto sólo el trabajo, de la *locationem operis*, en que el conductor se obliga a una “opus”: “*Posterior rursus abit in locationem operarum in specie*» & *in locationem operis*, v. g. *aedifici, domûs, &c. Locatio operurum in specie est, quâ nuda opera alicui locantur. Locatio operis est, qui aliquis certum factum & opus promittit*” (SOMETING, E. F., *Introductio in Universum Jus, Seriem IV. Librorum & Titulorum institutionum imperialium*, Salisburgi, 1698, pp. 648-649).

³⁹ Trabajo citado *supra* nota 23. Tras su análisis, AMIRANTE termina por afirmar la concepción unitaria de *locatio conductio* en la jurisprudencia romana, construida a partir de la noción de *res locata-conducta* y fundada en el interés típico que se pretende tutelar por la jurisprudencia con las acciones *actio locati* y *actio conducti*, en cuanto no sólo pueden estar dirigidas al pago de la *merces*, sino también a la restitución o la entrega de la cosa. En su tesis, es la cosa dada que debe ser restituida el elemento unificador de todos los supuestos.

⁴⁰ Trabajo citado *supra* nota 24. Este autor, sin embargo, a diferencia de los anteriores autores partidarios de la unidad de la *locatio conductio*, ya no considera que sea la cosa (que se coloca o que se debe restituir) el elemento a partir del cual se conceptualiza el contrato, sino que es el trabajo el punto común de todos los tipos de *locatio conductio*: una actividad que alguien se encarga de realizar. Aunque esto resulta más evidente en la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*, se presenta como igualmente cierta para la *locatio conductio rei*, considerando sus orígenes, si se admite, como propone PINNA, localizar el arquetipo del arrendamiento de cosas en el arrendamiento de terrenos de cultivo. Una crítica a esta tesis, aunque más bien formal que de fondo, puede hallarse en VIGNERON, R., “La «Locatio conductio» secundo i romani”, *Labeo*, n. 34, 1988, pp. 361-372.

⁴¹ Trabajo citado *supra* nota 24. Para este autor, la tipicidad del contrato se halla en la existencia de una relación bilateral en que las obligaciones recíprocas consisten en *praestare mercedem* y *praestare uti frui*, Estas prestaciones otorgan una unidad al tipo

b) La tesis tripartita de la *locatio conductio*

[16] A diferencia de los anteriores autores, partidarios de la tesis unitaria de la *locatio conductio*, otros *continuaron* defendiendo la tesis de la tripartición de la *locatio conductio*⁴².

Vale la pena destacar, en esta línea, la tesis de ALZON (en 1963)⁴³. ALZON no sólo pretende justificar la realidad de la tripartición de la *locatio conductio* en el Derecho romano, sino que, además, partiendo del hecho indiscutible que bajo el contrato de *locatio conductio* se reunieran relaciones jurídicas muy diversas, se pregunta *qué llevó a los romanos a encajar todas esas relaciones jurídico-económicas en un mismo tipo genérico* (en la *locatio conductio*). Su explicación es consecuencia de la reconstrucción histórica de la evolución de la *locatio conductio*, que el autor califica de particularmente compleja. La conclusión de ALZON es:

contractual, que permite diferenciarlo de otros tipos contractuales (se trata de una tipicidad externa), pero, al interior de ese tipo, pueden existir diversas operaciones jurídicas, las que pueden ser relativas a cosas como a personas, y que, cuando se trata de contratos relativos a personas, las fuentes hablan de “*operae*”. A su vez, la prestación de *operae* puede consistir en poner a disposición del otro contratante el trabajo, sin realizar un *opus*, o con la obligación de realizar un *opus*, sea o no bajo la dirección del otro contratante (*cfr.* pp. 361-366). Un resumen del aporte central de FIORI, en relación con la explicación histórica del cambio de paradigma desde la visión bipartita (presente en los autores, desde la Glosa hasta el siglo XIX) al modelo tripartito que –se entiende– se impone en el siglo XIX, puede verse en RIBALTA, J., “La formación de la tripartición locativa: desde el Derecho Romano hasta la codificación civil”, en VAQUER, A./BOSCH, E./SÁNCHEZ, M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. 2, Atelier, Barcelona, 2012, pp. RIBALTA (2012) particularmente, pp. 1101-1104.

⁴² Entre los que se encuentran, entre otros, PERNICE, NIEDERMAYER y MAYER-MALY. Para un resumen de los principales argumentos de estos autores véase, por ejemplo, FIORI, *La definizione*, pp. 5-7; y también ALEMÁN MONTERREAL, *El arrendamiento de servicios*, pp. 17-18.

⁴³ Trabajo citado *supra* nota 24.

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

“[C]iertamente, todas las formas de *locatio conductio* (*rei, operis, operarum*) surgen sucesivamente de la venta y, más especialmente, de la venta de cosas futuras. A pesar de todo, las razones que presiden la creación de estos tres tipos son muy distintas: estrechez de la venta - incapaz de contener las *res utenda* para la *locatio rei*; protección insuficiente de las partes contractuales para la *locatio operis*; deseo de reunir en el mismo tipo contractual todas las relaciones de trabajo, para la *locatio operarum*”⁴⁴.

Y agrega:

“Ello tiene como resultado la elaboración de un contrato híbrido, sin una caracterización propia. Los romanos prefirieron proceder a mutaciones sucesivas a medida que las necesidades lo requirieron”⁴⁵.

c) La situación actual sobre el problema de la unidad o la tripartición de la *locatio conductio*

[17] En la actualidad, la cuestión de la unidad o tripartición de la *locatio conductio* puede considerarse una *cuestión abierta*⁴⁶. Por eso mismo, es cuestión que continúa despertando el interés de romanistas e historiadores del Derecho. Prueba de ello son los recientes estudios

⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 590.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 591.

⁴⁶ Cfr. FIORI, *La definizione*, p. 10.

de los españoles TORRENT RUIZ (en 2011)⁴⁷ y RIBALTA HARO (en 2012)⁴⁸. También se considera que es una cuestión mal planteada⁴⁹.

[18] Por todo lo dicho anteriormente, se comprende que en los tratados y manuales de Derecho romano se adopte una posición más bien neutra en relación con el debate de la unidad o tripartición de la *locatio conductio*. En este sentido, suele afirmarse que la división tripartita no es propiamente una división romana (aunque a veces se matiza, señalando que sí habría base en las fuentes para que los intérpretes construyeran la teoría de la tripartición de la *locatio conductio*)⁵⁰. Pero, aun cuando se admite que no se trata propiamente de una división romana, no se renuncia a la división tripartita *a efectos*

⁴⁷ TORRENT RUIZ, A., “La polémica sobre la tricotomía «res», «operae», «opus» y los orígenes de la «locatio-conductio»”, *TSDP*, n. 4, 2011, pp. 1-28.

⁴⁸ Trabajo citado *supra* nota 41.

⁴⁹ En este sentido, PÓKECZ (2001) pp. 229-230: “[i]l faut souligner que la question qui provoque depuis presque un siècle les débats entre les romanistes, c’est à dire unité ou trichotomie, est une question mal posée. Malgré l’apparence unitaire, qui se manifeste surtout à l’extérieur (par rapport aux autres contrats), on peut diviser de plusieurs points de vue le contenu de la locatio. On a vu que n’ont pas tort ceux qui supposent trois types ou variétés, mais il faut reconnaître que les termes locatio rei, operarum, operis était de l’invention de la tradition romaniste. D’ailleurs les écoles savantes du moyen âge et les codifications actuelles parlent de dualité, trichotomie, même quadripartie et multiplicité, donc l’Europe cultive une religion monolithique où l’esprit de la Sainte Trinité est bien en présence”.

⁵⁰ En este sentido, KASER: “aunque los romanos mantuvieron la unidad de este contrato, al determinar lo que según la fórmula debe ser el objeto del *locare* y del *conducere* [...] ofrecieron antecedentes en que poder basar la tripartición llevada a cabo por el Derecho común y por el moderno” (*Derecho romano*, p. 198). GUZMÁN BRITO, por su parte, entiende que “la tricotomía escolástica no debe hacer perder de vista la esencial unidad del contrato clásico” y que, “por lo demás, los tres tipos no romanos [...] ni siquiera agotan la variedad de especies que admite el contrato”, aunque el autor admite, que “la distinción nominativa entre arrendamiento de un *opus* y el de unas *operae* es medieval, aunque con base en las fuentes romanas” (*Derecho Privado Romano*, t. 2, p. 155).

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

expositivos. En efecto, en la mayoría de los textos romanistas se exponen, por separado, las tres “modalidades” o “subtipos” de *locatio conductio*, los cuales se caracterizan de la forma siguiente: en la *locatio conductio rei*, el *locator* entrega una cosa al *conductor* para que éste la use y la disfrute, debiendo restituirla al *locator* al terminar el contrato; en la *locatio conductio operarum*, la “cosa” entregada es el “servicio” del propio *locator* (siendo el *conductor* quien paga por ellos); finalmente, en la *locatio conductio operis*, el *locator* entrega una determinada cosa al *conductor* para que éste realice algo con o en ella, debiendo el resultado de dicha actividad (aquí, es el *locator* quien paga la *merces*)⁵¹.

2. LA DIFERENCIA ENTRE LA *LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM* Y LA *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS*

[19] Las mismas dificultades que existen para admitir la historicidad de la teoría tripartita de la *locatio conductio* impiden, naturalmente, ofrecer criterios que permitan conceptualizar, con claridad, cada uno de los tres “subtipos” de la *locatio conductio*, poniendo de paso, también, en tela de juicio su utilidad didáctica.

En este sentido, mientras que la *locatio conductio rei* (“arrendamiento de cosas”) puede ser caracterizada y diferenciada de las otras dos

⁵¹ En este sentido, por ejemplo, GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, p. 154 y ss.; KASER, *Derecho romano*, p. 197 y ss.; MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 326-328, ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado Romano*, 2.ª ed., Ediciones del Genal, Málaga, 2007, pp. 277-280; ZIMMERMANN, *The law of obligations*, p. 351 y ss. Recoge esta clasificación, aunque sin utilizarla en su exposición, SCHULZ (*Derecho romano*, p. 518).

“modalidades” de *locatio conductio* con cierta facilidad, trazar la distinción entre la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum* no resulta tarea fácil, puesto que, en estas dos últimas “modalidades” de *locatio conductio*, se entiende que la obligación característica consiste en *desarrollar una actividad*.

El texto del D. 19.2.22.2, transcrito anteriormente (*supra* nota 20), puede servir para ilustrar el problema de calificación que se plantea, si se asume la posibilidad de distinguir estos dos “subtipos” (*locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*). En dicho pasaje del Digesto, la parte que debe construir una casa es considerada, al mismo tiempo, como *conductor* y *locator* (es *conductor*, en cuanto a él se le entrega el suelo para construir; es *locator* en cuanto “coloca” su trabajo). Es, por tanto, posible preguntarse: ¿qué hay aquí, entonces, *locatio conductio operarum* o *locatio conductio operis*?

Conviene apuntar que este pasaje (D. 19.2.22.2), precisamente debido a que considera al constructor tanto *conductor* como *locator*, ofrece un nuevo argumento contra la teoría de la tripartición, desde una perspectiva terminológica. En este sentido, SCHULZ señala que de las fuentes se obtiene, que llamar a quien trabaja “*locator*” o “*conductor*” es una diferencia terminológica que carecía de importancia para los juristas clásicos, y que el trabajador podía llamarse a sí mismo *locator* o *conductor* según le pareciese. Y agrega que, las consecuencias en materia de responsabilidad y riesgo no están condicionadas al hecho de si el

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

contrato es *locatio conductio operarum* o *locatio conductio operis*⁵². Luego, desde esta perspectiva, se puede sostener que distinguir entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* no sólo no parece justificado históricamente, sino que, además, resulta inútil⁵³.

[20] En la doctrina romanista se han propuesto diversos criterios para distinguir a estas dos “modalidades” de *locatio conductio*.

Para algunos, la principal diferencia estaría en que, en la *locatio conductio operis*, el *locator* debe entregar al *conductor* una cosa (una materia) sobre la cual el *conductor* realiza el trabajo, lo que no ocurre en la *locatio conductio operarum*⁵⁴.

⁵² SCHULZ, *Derecho romano*, pp. 519-520.

⁵³ En la misma línea de argumentación, en otros pasajes del Digesto ciertas prestaciones son calificadas como “arrendamiento de cosas”, a pesar de reunir los elementos necesarios (doctrinalmente) para ser consideradas como *locatio conductio operis*, como por ejemplo, la limpieza de una vestidos o la confección de vasos o anillos, prestaciones que en D. 19.2.31 se señalan como ejemplo de *dos clases de cosas arrendadas (rerum locatarum duo genera ese)*.

⁵⁴ En este sentido, para ACCARIAS lo determinante no sería el resultado del trabajo, sino el hecho que la *locatio conductio operis* exige una entrega previa de la cosa sobre la que se va a trabajar: “vemos que hay un número de casos en los que aquel que realiza el trabajo recibe del propietario la tradición de una cosa determinada, sobre la cual debe, precisamente, ejecutar su trabajo [...] es en estas hipótesis en las que hay *locatio operis* [...] y al contrario, hay otras hipótesis, que son aquellas que pertenecen a la *locatio operarum*, en las que el propietario no se despoja de ningún objeto, no hace ninguna tradición” (cfr. ACCARIAS, C., *Précis de Droit Romain*, 2.^a ed., Paris, 1874, t. 2, p. 502). Así, el autor admite que, en consecuencia, un mismo hecho podría ser, según las circunstancias, objeto de *locatio conductio operarum* o de *locatio conductio operis*: por ejemplo, si se encarga el aprendizaje de un esclavo sería *locatio conductio operis*, pero sería *locatio conductio operarum* si en vez de un esclavo es un hijo, porque a éste no se le puede considerar como una “cosa” que se transfiere (*ibíd.*, p. 502). En un sentido parecido, PETIT, quien no hace referencia alguna al resultado o la obra como algo característico de la *locatio conductio operis* (*Traité*, p. 388).

Para otros, la diferencia entre ambas modalidades de *locatio conductio* se encontraría en la forma de fijación del precio o remuneración (*merces*), que en la *locatio conductio operarum* sería proporcional a la duración de los trabajos, y en la *locatio conductio operis* sería siempre una suma alzada⁵⁵.

Se ha propuesto también que, frente a la dificultad de distinguir desde un punto de vista objetivo ambas modalidades de *locatio conductio*, la diferencia es una cuestión práctica: el *conductor operis* sólo se comprometía a realizar un trabajo “si gozaba de un grado de autonomía superior”, en relación con el grado de autonomía que tiene el *locator operarum*⁵⁶.

Una crítica a los argumentos de ACCARIAS, pueden verse en MICHON, *Droit romain*, pp. 14-16: de las fuentes no se puede desprender que exista *locatio conductio operis* únicamente cuando hay tradición de una cosa por parte del *locator*, como ocurre, precisamente, en el caso en que se encarga a un zapatero el aprendizaje de un infante (D. 19.2.13.4) o se encarga el traslado de una mujer a un capitán de barco (D. 19.2.19.7), que se tratan como casos de *locatio conductio operis*.

⁵⁵ OLIVIER-MARTIN (1936) p. 436, citando a ORTOLAN; pero, en su opinión, el criterio no sería válido, considerando que ya en Javoleno se encuentra un pasaje en que, tratándose de un caso típico de *locatio conductio operis*, el precio se fija en relación con la duración de la obra (*ibíd.*, pp. 437-438).

⁵⁶ ALEMÁN MONTERREAL, *El arrendamiento de servicios*, pp. 53-54. La autora agrega que “las actividades prestadas en una *locatio conductio operarum* son actividades no cualificadas y de carácter subordinado”. En el mismo sentido, TRIGO GARCÍA, M.^a B., *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999, pp. 25-26; y BETANCOURT, F., *Normativa y legislación constructiva en la antigüedad y en la alta edad media*, en GRACIANI, A. (coord.) *La técnica de la arquitectura medieval*, Sevilla, 2000, p. 78.

Se entiende que esta posición puede encontrar apoyo en D. 19.2.51.1, al menos, en cuanto hay una diferencia en materia de responsabilidad del artífice, que toma como punto de partida el grado de subordinación al dueño de la obra. Se presenta la cuestión de la responsabilidad por la obra defectuosa que se ha arrendado, cuando se ha pactado una remuneración por día de trabajo, y se señala que si es el conductor quien debe probar la bondad de la obra, debe responder si ella resulta defectuosa,

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

Sin embargo, y sin que implique negar absolutamente los anteriores criterios de distinción entre la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*, para la mayoría de los autores lo característico de la *locatio conductio operis* es que el *conductor* debe un *opus* ⁵⁷. Ahora bien, ¿en qué consiste el *opus* que el *conductor* debe realizar? La respuesta, también *mayoritaria*, es que el *opus* consiste en una *obra material*. Esta conclusión se apoya, por un lado, en el hecho de que el *locator* tiene que *entregar algo* al *conductor*, que éste luego le restituye ⁵⁸; y también encuentra apoyo en un pasaje del Digesto que define el *opus* como “un objeto concluido a partir de una obra realizada”, un “*corpus perfectum*” (D. 50.16.5) ⁵⁹.

“pues lo mismo da que se arriende la obra por un precio único o se arrienden unidades de trabajo, si el arrendatario [conductor] debía entregar la obra terminada”; y se agrega luego, “salvo que se estableciese la retribución por servicios parciales de modo que la obra se fuera haciendo a criterio del dueño, pues, entonces no parece que el arrendatario [conductor] deba responder de la imperfección de la obra”.

⁵⁷ En este sentido, todos los autores recogidos *supra* nota 51. En contra, ACCARIAS (véase *supra* nota 54) y también MAY, quien considera que en ambos casos la obligación es la misma: realizar sus servicios conforme a la convención, la diferencia sólo está en quien paga la *merces* y en la reglas sobre el riesgo (*cfr.* *Éléments*, pp. 147-148).

⁵⁸ En la medida que la *locatio conductio* presupone la entrega (colocación) de una cosa para elaborar algo con ella, se concluye que la *locatio conductio operis* es un arrendamiento “de obra material”. El resultado (el *opus*) supone, *primero*, un trabajo o un esfuerzo, lo que excluye por ejemplo, que el *opus* pueda consistir en un “hecho jurídico”, como sería, por ejemplo, liberar a un esclavo; *segundo*, que el hecho a ejecutar se aplique sobre una cosa material (que, como se ha dicho, se supone que ha entregado, al menos parcialmente, el *locator* al *conductor*); y *tercero*, que sea estimable en dinero (pues ya se ha mencionado que, si se trata de ciertos servicios profesionales, no hay *locatio conductio*, sino mandato) (*cfr.* MICHON, *Droit romain*, pp. 35-36).

⁵⁹ Este pasaje del Digesto recoge una cita de Paulo, en la que, a propósito de “*opere locato conducto*”, ofrece la siguiente definición, citando a Labeón: “Con estas palabras «obra arrendada» Labeón dice que se designa a la obra, que los griegos llaman *apotésma*, no *ergón*, esto es, un objeto concluido a partir de una obra realizada” [*Opere*

No obstante, en la investigación sobre este punto, se ha hallado la opinión divergente de WUBBE (en 1982). WUBBE propone una interpretación distinta del citado pasaje del Digesto (D. 50.16.5): *opus* es el resultado de un esfuerzo y no el objeto “material” que eventualmente resulte del “*opus factum*”⁶⁰. Para este autor, *opus* significa una actividad (es decir, “un verbo”: construir, reparar, limpiar, enseñar) que debe hacerse y que, solo a veces, dará lugar a una cosa material, a un “cuerpo perfecto”, pero que ello no es esencial⁶¹. La interpretación de WUBBE, por tanto, ensancha el concepto de *opus*, sin restringirlo a la construcción o fabricación de algo⁶².

locato conducto”: *his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non έργων id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*]. Algunos autores citan directamente a Labeón, como GRENIER, quien define, en consecuencia, a la “*locatio conductio operis*” como “un contrato en virtud del cual una persona promete a otra un *opus perfectum* por un precio determinado” (GRENIER, J., *Du louage d’ouvrage et d’industrie en droit romain et en droit français*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Toulouse, Bergerac, 1874, p. 21). En el mismo sentido, GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*, 12.ª ed., Madrid, 2003, p. 497.

⁶⁰ WUBBE, “*Opus según la definición de Labeón (D. 50.16.1.5)*”, *TVR*, 50, 1982, pp. 241-251. El argumento principal de este autor es gramatical: la definición contenida al final de la oración [“*un objeto concluido a partir de una obra realizada*”] sería la definición *érgon* (ἐργων) no de *apotélesma* (ἀποτέλεσμα), y por tanto, no es la definición de “obra” a la que hay que atender.

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 246-247. WUBBE sostiene que la diferencia es sutil y difícil de observar en algunos casos, por ejemplo, en la construcción de un edificio, el edificio mismo no es el “*opus*”, sino el reflejo material del “*opus*”; aunque es algo más sencilla en otros, por ejemplo, si se trata de trasladar una columna, pues el *opus* no es la columna “trasladada” sino la suma de operaciones requeridas para obtener el resultado querido; y mucho más clara en los casos en los que no existe ningún soporte material, como dar un curso, o hacer un poema o componer una sinfonía, en la que “la partitura” es un objeto, pero no es “la sinfonía”.

⁶² De hecho, el mismo autor sostiene que mantener la comprensión tradicional –*opus* como “obra material”– limitaría el contrato de obra a los casos de construcción o fabricación de algo (*ibíd.*, p. 250). De esta forma, “*opus facere*” significa, primero, ejecutar una tarea o hacer un trabajo, “y por metonimia, comienza a significar luego el

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

IV. ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO ROMANO DE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS

1. DOS ADVERTENCIAS PREVIAS

[21] Aún admitiendo la utilidad didáctica que puede ofrecer la clasificación tripartita de la *locatio conductio*, lo primero que hay que tener presente es que la llamada *locatio conductio operarum* tenía una importancia más bien marginal en Roma, debido a dos razones: *por un lado*, porque, como ya se ha apuntado, sólo pueden ser objeto de arrendamiento los servicios “inferiores”⁶³; y *por otro lado*, debido a la disponibilidad de esclavos para realizar tales servicios inferiores, y, por realizarlos esclavos, esos servicios se realizan fuera del marco de una relación contractual⁶⁴. Por ello, no es de extrañar que las reglas que

resultado material de la acción, esto es, el objeto confeccionado [...] [e]l término *opus* toma así dos sentidos diferentes pero complementarios: el primero activo, la acción del trabajo, el segundo, pasivo, el producto del trabajo” (*cfr.* EL BOUZIDI, S., “Place et rôle de la main-d’oeuvre libre dans l’économie rurale á la fin de la République romaine”, *Gerión*, 15, 1997, pp. 139-140).

De asumir esta posición, tendríamos que sostener que, consecuentemente, cuando el resultado esperado no sea un objeto físico, ya no podría considerarse necesario que el *locator* “entregue” algo al *conductor*, aunque sí será necesaria la entrega de “algo” cuando lo que se espera es un objeto material (pues en caso contrario se consideraría que hay una compraventa).

⁶³ Véase *supra* [8] y nota 15.

⁶⁴ *Cfr.* RODRÍGUEZ ENNES, L., “El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la *locatio conductio operarum et operis* como consecuencia de la presente depresión económica”, *RDPUCV*, n. 32, 2009, pp. 188-190. En el mismo sentido, ZIMMERMANN, quien afirma que la demanda de trabajadores (capacitados y no capacitados) era llenada por esclavos, y que ellos no trabajaban sobre la base de una relación contractual, sino que estaba determinada por la *potestas* y *dominus*, y que si el amo deja su esclavo a un tercero, ello constituía *locatio conductio rei*, no *operarum* (*The Law of Obligations*, p. 387). Según este último autor, también se excluían de la *locatio*

pueden hallarse en las fuentes romanas se refieran básicamente a supuestos que, bajo la lógica de la tripartición de la *locatio conductio*, pueden ser calificados de *locatio conductio operis*⁶⁵.

Por otro lado, hay que considerar que, aun cuando pueda intentarse realizar un esbozo del “modelo” de contratación de servicios que resulta de esas reglas contenidas en las fuentes, la abstracción que ello supone choca con el casuismo romano. Por ello, como se verá inmediatamente, es muy discutible sostener la preferencia de una determinada solución, como regla general aplicable a todos los casos.

Sólo teniendo en consideración lo que se acaba de decir, es que resulta plausible intentar describir los principales aspectos sustantivos del modelo romano de contratación remunerada de servicios.

2. LA DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO ROMANO DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS

a) Las obligaciones del prestador del servicio

conductio los servicios que los *liberti* prestaban a sus antiguos amos, los cuales no se realizaban en el marco de un contrato, sino sobre la base de una promesa bajo juramento.

⁶⁵ No es este el lugar para analizar hasta qué punto estas mismas (o parecidas) razones pueden justificar la atención preferente que, siglos más tarde, el *Code civil français* da al *louage d'ouvrage* “des devis et des marchés” (arrendamiento de obra por ajuste o precio alzado) en desmedro de otras formas de contratación “de servicios”, ni tampoco de la influencia que ello pudo haber tenido en la regulación del Código civil español. Sobre ello trata, en parte, el siguiente capítulo.

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

[22] El prestador del servicio debe realizar la tarea encomendada *conforme a lo convenido*, y en forma *oportuna*⁶⁶.

[23] Aunque hay bases para sostener que es indiferente si el prestador del servicio realiza *el trabajo por sí mismo o se vale de otros para hacerlo*, no resulta fácil afirmar que ello sea la regla general⁶⁷. En

⁶⁶ Cfr. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, p. 498, con base, por ejemplo, en D. 19.2.51.1 (*supra* nota 56). Es posible, no obstante, que el *conductor* se aparte de lo convenido inicialmente, sin responsabilidad, en caso que las alteraciones se hubieran introducido por voluntad del *locator* [Ello es lo que desprende de D. 19.2.60.3: “*Por pacto expreso se había dado en arrendamiento la construcción de una casa, con la condición de que la aprobación o la desaprobación correspondería al arrendador, o a sus herederos el arrendatario (conductor) había cambiado ciertas cosas en la obra por voluntad del arrendador (locator); respondí, que no parece ciertamente que se hizo la obra según pacto expresado, pero que como se hizo alguna alteración por voluntad del arrendador, debía ser absuelto el arrendatario (conductor)*”].

En cuanto a la *oportunidad* del cumplimiento, es evidente que las partes pueden pactar un plazo para el cumplimiento, pero en todo caso, este plazo no podría ser menor que el necesario para poder concluir la obra, según se desprende de D. 19.2.58.1 (“*Se había dicho en la locación de una obra antes de qué día debería hacerse, y después había prometido el arrendatario, si así no se hubiese hecho, tanta cantidad cuanta le hubiese importado al arrendador; opino que se contrae esta obligación por tanto cuanto un buen varón hubiese estimado respecto al espacio de tiempo, porque es claro que se trató esto, que fuese absuelto respecto de aquel tiempo sin el que no pudiera hacerse*”). Se trata de una solución lógica, y por ello, era también el criterio de la jurisprudencia romana, por ejemplo, cuando no se había fijado un plazo en la estipulación de construir una casa: la acción no puede ser entablada antes del tiempo necesario para llevar a término la construcción (sobre esto, véase CUENA BOY, F., *Rerum Natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano*, Santiago de Compostela, 2010, p. 55 y ss.).

⁶⁷ Hay diversos pasajes en los que se hace referencia a la responsabilidad que pesa sobre el *conductor* por la culpa de las personas que empleó en la ejecución de la obra (por ejemplo, D. 19.2.25.7: “*El que tomó en arriendo el transportar una columna, si mientras se carga, o se transporta, o se descarga, se hubiera roto esta, es responsable de este riesgo, si hubiere acontecido por culpa de él mismo, y de aquellos cuyo trabajo utilizase; mas está exento de culpa, si hizo todo lo que hubiese de haber tenido en cuenta otro cualquiera muy diligente. Lo mismo, por supuesto, entenderemos, también si alguno hubiere tomado en arrendamiento el transportar tinajas o vigas. Y lo mismo puede aplicarse también a las demás cosas*”; destacado añadido). Sin embargo, que de ello pueda extraerse una regla general es discutible. En los textos romanos no hay referencia a la posibilidad de subcontratación en los supuestos de *locatio conductio*

todo caso, lo que sí es claro es que el prestador del servicio no puede confiar la tarea a otra persona si se ha convenido que él la hará personalmente o si se ha tenido en cuenta su talento pues, en tales casos, la ejecución personal, por el propio el deudor, forma parte del objeto del contrato⁶⁸.

Consecuencia de lo dicho, se entiende que la muerte del *conductor* pone fin al contrato *sólo* excepcionalmente⁶⁹.

operarum, y aunque efectivamente parece admitirse en supuestos calificables como *locatio conductio operis*, se ha defendido que la subcontratación no estaba generalmente permitida, y que la aproximación de los juristas clásicos era, como en otros aspectos, casuística (cfr. DU PLESSIS, P., "Subletting and the Roman law of letting and hiring Interpreting C. 4.65.6", *RIDA*, n. 52, 2005, pp. 135-136).

⁶⁸ Cfr. MICHON, *Droit romain*, p. 66. Como fuente de esta excepción, GUZMÁN BRITO cita D. 46.3.31: "Entre los artífices hay gran diferencia de ingenio, de naturaleza, de doctrina, y de ejecución. Y por lo tanto, si alguno hubiere prometido que por él se construiría una nave, o se edificaría una casa, o se haría una fosa, y se trató especialmente esto, que lo hiciera con su propio trabajo, el mismo fiador haciendo el edificio, o cavando la fosa, sin consentirlo el estipulador, no librará al obligado" (*Derecho Privado Romano*, t. 2, p. 158).

⁶⁹ La regla contenida en Inst. 3.24.6 parece absoluta: "Muerto el arrendatario durante el tiempo del arrendamiento, le sucede en él con el mismo título su heredero". Igual en el Cód. 4.65.10: "Desconoces el camino de la verdad, estimando que los herederos del arrendatario no suceden en los arrendamientos, porque, si el arrendamiento es perpetuo, se transmite también a los herederos, y si temporal, durante el tiempo de la locación le incumbe también al heredero la carga del contrato". La regla general, por tanto, es la transmisión de los derechos a los herederos (sobre este punto, véase DU PLESSIS, P., "The hereditability of locatio conductio" en CAIRNS/DU PLESSIS, *Beyond Dogmatics - Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, 2007, pp. 139-153).

Sin embargo, algunos autores entienden que la muerte del artífice pone fin al contrato de arrendamiento de obras en todo caso, tal como ocurriría con la *locatio conductio operarum* (así, por ejemplo, ORTOLAN, *Explicación histórica de las instituciones*, t. 2, p. 366; y MACKELDEY, *Elementos del Derecho Romano*, p. 240). ARANGIO-RUIZ precisa que esto último sólo es así en el Derecho clásico, pero que para el Derecho justiniano se tiene que considerar, en el caso de la *locatio conductio operis*, si la habilidad personal del artífice se ha tenido en cuenta en la celebración del contrato, y, sólo en caso afirmativo, la muerte extingue la obligación (*Instituzioni*, p. 348). En la investigación realizada sobre este punto, no he encontrado en los textos justinianos referidos a la

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

[24] En cuanto a la *responsabilidad* del prestador del servicio (*conductor operis*), se entiende que éste responde de la *imperitia*; esto es, responde de los daños ocasionados en la ejecución del contrato, ya se deba a su falta de aptitud para la realización de la obra, ya se deba a la culpa de aquellos a quienes empleó en su ejecución⁷⁰.

Mayoritariamente se estima, que el *conductor operis* respondía, además, por la *custodia* de las cosas que se le entregaron (lo que incluiría, incluso, la responsabilidad por robo)⁷¹. Este punto, sin

locatio conductio ninguna base para sostener la extinción del contrato por muerte. Posiblemente, sea una regla deducida de los casos de contratos con carácter *intuito personae* en los que sí se establece expresamente la extinción por muerte, como ocurre en el mandato (Inst. 3.26.10) o en la sociedad (Inst. 3.25.5), partiendo de la base de que es perfectamente posible el pacto por el cual el *conductor* se obliga a realizar el trabajo personalmente.

⁷⁰ Sobre la propia culpa, por ejemplo, D. 19.2.9.5: “*Celso [...] escribió que la impericia ha de ser tomada como culpa: si alguno tomó en arriendo el apacentar terneros o el remendar o limpiar alguna cosa, debe responder de culpa y aquello en que erró por impericia es culpa, porque, dice, él tomó en arriendo como quien conoce su oficio*”; y D. 19.2.13.5: “*Si se hubiera dado una piedra preciosa para engastarla ó esculpiría, y se hubiera roto, si verdaderamente esto hubiera sucedido por vicio de la materia, no habrá la acción de locación, y la habrá, si por impericia del artífice. A esta opinión se ha de añadir, a no ser que el artífice hubiera admitido también a su cargo el riesgo; porque entonces aunque esto haya sucedido por vicio de la materia, habrá la acción de locación*”. Y en general, sobre la responsabilidad por un resultado defectuoso, D. 19.2.51.1 (*supra* nota 56). Sobre la responsabilidad por los que están a su servicio, por ejemplo, D. 19.2.25.7 (véase *supra* nota 67). Para profundizar sobre el origen de la noción de *imperitia* en el Derecho romano clásico, con un análisis de los diferentes pasajes en que se menciona esta expresión en las fuentes, véase MARTIN, S., “*Imperitia: the responsibility of skilled workers in classical roman law*”, *AJPh*, v. 122, 2001 (1), pp. 107-129.

⁷¹ Hay que tener presente que la *custodia* no aparece en las fuentes como un concepto jurídicamente inequívoco, pues si bien la doctrina romanista mayoritaria ve en ella un estándar de conducta (responder “por” custodia implica responder en todos los casos en que no existe fuerza mayor; una especie de “responsabilidad objetiva”), se ha sostenido igualmente que designa el contenido de la obligación: mantener el objeto a salvo (*cfr.* ZIMMERMANN, *The law of obligations*, pp. 193-194, y pp. 398-399).

embargo, es objeto de discusión⁷².

Como estándar de diligencia, responder por custodia implica que el *conductor operis* únicamente se libera por fuerza mayor. Esta es la *communis opinio*, con base en Cód. 4.65.28 (“Consta que en el juicio, así de locación, como de conducción, se comprende el dolo y la custodia, pero no también el accidente a que no se puede oponer resistencia”).

Básicamente, la *custodia* haría responsable al *conductor* por cualquier pérdida, siempre que no sea fortuita, incluyendo el robo (cfr. DU PLESSIS, P., “Between theory and practice: new perspectives on the roman law of letting and hiring”, *CLJ*, n. 65, 2006 (2) p. 426-427). Esta es la regla que se desprende de GAYO 3.205: “Si el batanero recibiera unos vestidos para limpiar o arreglar, o el sastre para remendarlos y los perdiera por hurto, él mismo tiene la acción de hurto, no el dueño, ya que nada interesa a éste que la cosa no se haya perdido, porque puede perseguir del batanero o sastre la indemnización mediante la acción de arrendamiento, siempre que éstos sean solventes, ya que si no lo son, entonces le compete la acción de hurto al no poder conseguir de ellos la indemnización, puesto que le interesa en este caso conservar la cosa”. Y lo mismo se aplica al comodatario, según GAYO 3.206. En el mismo sentido, MIRON DE L’ESPINAY, quien así lo afirma con base en D. 19.25.7 (*supra* nota 67) porque al *conductor* se le exige suma diligencia (el pasaje utiliza la expresión *diligentissimus*) de modo que el empresario “responde no solamente de la culpa grave, sino también de la leve. Se compara su gestión a la de un buen administrador, tomado en abstracto” (MIRON DE L’ESPINAY, A., *Du louage d’ouvrage et industrie en droit romain. Des Entreprises sur devis et marchés en droit français*. Thèse pour le doctorat, Paris, 1873. p. 22).

Algunos autores sostienen que este estándar de diligencia pesaba sobre el *conductor* en todos los casos, no sólo en la *locatio conductio operis* [en este sentido, por ejemplo, SCHULZ: “si resulta cierto que la famosa tricotomía no existe y que la *locatio conductio* fue un concepto unitario, se sigue de ello que una persona que tomaba en arriendo un animal o un esclavo era responsable por custodia” (*Derecho romano*, p. 523); y también GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico exegético del derecho romano comparado con el español*, 3.^a ed., Madrid, 1863, t. 2, pp. 316-317].

En general, sobre la responsabilidad por custodia, véase PULIATTI, S., “Custodiam praestare, para una definición de los límites de la responsabilidad por custodia en el derecho romano”, *RGDR*, 13, 2009, pp. 1-14.

⁷² ROBAYE sostiene que la conclusión de que el *conductor operis* siempre responde por *custodia*, a partir de la generalización de los casos que se encuentran en las fuentes, es un error. Según este autor, esos supuestos del tintorero y del sastre (que están recogidos en GAYO 3.205, véase nota anterior) no pueden ser tomados como ejemplos de todo tipo de artifice, porque se trata de casos excepcionales, en los que la responsabilidad por custodia puede explicarse: estos artifices (tintorero y sastre) realizan su trabajo al aire libre, por tanto el riesgo de robo o daño por parte de terceros es alto, pero como el costo (de evitarlo) es relativamente bajo, es razonable pensar que hayan asumido tal responsabilidad; en otros supuestos, en los que la probabilidad de ocurrencia del riesgo es menor, pero de consecuencias más graves, no

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

Finalmente, se entiende que el *conductor* no soporta el riesgo de pérdida o deterioro de los materiales, ni de la obra ya comenzada, en la medida que dicha pérdida o deterioro se deba a fuerza mayor⁷³. El

es razonable entender que se haya asumido la custodia (como, por ejemplo, tratándose de joyeros); y de ahí el silencio en las fuentes en relación con estos últimos casos [ROBAYE, R., “Le foulon et le bijoutier à Rome: les risques du métier”, *RBPhH*, n. 69, 1991 (1) pp. 131-136].

⁷³ La regla general se desprende de D. 19.2.36: “La obra que por un tanto se dió en arrendamiento está á riesgo del arrendatario hasta que sea aprobada. Mas la que haya sido tomada en arrendamiento de este modo, para que sea entregada por pies o medidas, solamente está a riesgo del arrendatario mientras no se haya medido; y en uno y en otro caso será del arrendador el daño, si en él hubiere consistido que la obra no se apruebe, o se mida. Pero si por fuerza mayor se hubiere arruinado la obra antes que fuese aprobada, va a riesgo del arrendador, si otra cosa no se hubiera tratado; porque no debe responderse al arrendador de más que de lo que con su propio cuidado y trabajo habría conseguido”.

KASER apunta que, antiguamente, el riesgo del precio gravaba siempre al *conductor*, de forma que si la obra resultaba irrealizable a consecuencia de un caso fortuito, no recibía precio alguno; pero, más tarde, a partir de una doctrina de Sabino, se estableció una distinción: los daños cuya causa están en el empresario, o que afecten su propia capacidad para realizar la obra, son de cargo de éste, y pierde el derecho a la remuneración; los daños que proceden de la parte que hizo el encargo (*locator*) o de la fuerza mayor, son de cargo de éste, y por tanto, dejan subsistente el derecho del *conductor* a percibir la remuneración, aun cuando la doctrina admite que la *locatio conductio operis* supone una obligación de hacer indivisible ((*Derecho romano*, p. 201; y en este sentido, también D’ORS, *Derecho privado romano*, p. 551; GIRARD, *Manuel Élémentaire*, p. 571; y GUZMÁN *Derecho Privado Romano*, pp. 169-170). Esta distribución de los riesgos tiene base en D. 19.2.61, en el que se pone de cargo del *locator* el riesgo de destrucción de un canal por vicio del suelo [según ZIMMERMANN, la atribución al *locator* se justifica porque ello está en su esfera de control (cfr. *The law of obligations*, pp. 402-403)] y en D. 19.2.59, en el que se pone de cargo del *locator* y no del empresario, la pérdida de la obra por terremoto. Sobre todo esto, véase también MARTIN, S., “The case of the collapsing watercourse: Builder’s responsibility for damage in classical roman law”, *LHR*, v. 4, n. 2, 1986, pp. 423-437.

Por otro lado, la regla sobre distribución del riesgo por pérdida de los materiales es distinta en el caso del arrendamiento de obra llamado “irregular” (*locatio conductio irregularis*), en la que el *conductor* se ha hecho dueño de las cosas entregadas, por tratarse de cosas fungibles, y por tanto, el riesgo de su pérdida siempre es del *conductor* (así se desprende de D. 19.2.31).

conductor sólo soporta esos riesgos, en el supuesto de que lo hubiere asumido expresamente⁷⁴.

b) Las obligaciones de cliente

[25] El *cliente*, por su parte, tiene como obligación principal pagar la *merces* al prestador del servicio (incluyendo el costo de materiales o los gastos de conservación, en su caso)⁷⁵. Además, debe permitir al prestador del servicio realizar el trabajo (por ejemplo, entregando los materiales; permitiendo el acceso al terreno donde se construirá la

⁷⁴ Así se desprende de D. 19.2.36 (véase nota anterior) y de D. 19.2.13.5 (*supra* nota 70). La asunción del riesgo del caso fortuito por parte del *conductor* podría también derivarse, en forma indirecta, por incumplimiento de un acuerdo particular (una *lex contractus*) como en el caso que aparece en D. 19.2.11.1 (referido a arrendamientos urbanos): “*Si se convino que no se encienda fuego, y se hizo, quedará obligado el arrendatario, aunque el incendio haya sido provocado por caso fortuito, porque no debía haber encendido fuego*”. Sobre la noción y la función de la *lex contractus*, particularmente en relación con la *locatio conductio*, véase DU PLESSIS, P., “The roman concept of *lex contractus*,” *RLT*, n. 3, 2006, pp. 79-94.

⁷⁵ Sobre la obligación de pagar la *merces*, es importante destacar que el Derecho romano no consideraba el precio fijado en forma previa como una “suma alzada” al que las partes debían limitarse; era posible solicitar al juez una rectificación del precio, en caso que el error fuera considerable, debido a que la *locatio conductio* era un contrato de buena fe (cfr. MICHON, *Droit romain*, pp. 61-62). Además, de D. 19.2.60.4 se desprende que era posible que el *locator* detuviera los trabajos, si se daba cuenta que se sobrepasaría el presupuesto, pudiendo en tal caso repetir además lo dado anticipadamente al *conductor* (“*Te mandé que vieses por cuánto querría edificar una casa de campo; me dijiste que habías visto que por un gasto de doscientos; te di en arrendamiento la obra por cierta retribución, y después averiguo que no podía costar la casa de campo menos de trescientos, pero se te habían dado cien, y habiendo gastado parte de ellos, te prohibí que hicieras la obra; dije, que si hubieres perseverado en hacer la obra, ejercitaré contra ti la acción de locación, para que me restituyas lo restante del dinero*”).

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

edificación) y debe recibir y aprobar la obra oportunamente, si ésta presenta las cualidades convenidas⁷⁶.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[26] Las principales conclusiones de este capítulo son las siguientes:

1. Los romanos agruparon bajo un único contrato –la *locatio conductio*– relaciones jurídicas cuyas finalidades económicas, hoy, nos parecen claramente diferenciadas: una es la cesión remunerada del uso temporal de un bien; la otra, la realización, también remunerada, de una serie de “actividades”, “trabajos” o “servicios”.

Aunque no resulta fácil desentrañar la justificación de la concepción unitaria de la *locatio conductio*, me parece que el estudio sobre el problema de la unidad o de la tripartición de la *locatio conductio* arroja algunas luces, tanto si se considera la perspectiva unitaria (en la tesis de ARANGIO-RUIZ, la idea de una “cosa”, que debe entregarse, explica teóricamente todos los tipos), como si se considera la perspectiva tripartita (en la tesis de ALZON, por ejemplo, la idea de que una cosa debe entregarse se considera como el punto de partida de una evolución histórica del tipo). Dicho esto, no es prudente aventurar

⁷⁶ Aplica, en tal caso, la regla de D. 19.2.24: “Si en un pacto de la locación se hubiera expresado, que se apruebe la obra a arbitrio del dueño, se considera lo mismo que si se hubiese expresado el arbitrio de buen varón. Y lo mismo se observa, si se hubiera consignado el arbitrio de otro cualquiera; porque exige la buena fe, que se de tal arbitraje, cual conviene a un buen varón”.

conclusiones sobre la cuestión de la unidad o tripartición de la *locatio conductio*; pues tal cuestión corresponde a la romanística y supone el manejo de herramientas propias de esa disciplina. Lo que interesa destacar es, que es aquí, en el Derecho romano, donde se encuentra el origen de la concepción unitaria del contrato arrendamiento, concepción unitaria que después recogieron algunos códigos decimonónicos, como el *Code civil* y el Código civil español.

2. La finalidad de la exposición sobre el contrato *locatio conductio* realizada en este primer capítulo tiene un carácter instrumental a los objetivos trazados al comienzo del mismo. Lo que he pretendido es sentar unas bases para poder valorar la influencia que tiene este modelo romano de la *locatio conductio* en relación con la regulación jurídica del Código civil español de los contratos cuyo objeto es la prestación de servicios. Y, en este sentido, hay algunos aspectos que resulta interesante destacar, tras finalizar el estudio:

a) El modelo romano para la contratación de “servicios” no puede definirse a partir de la descripción del trabajo, la tarea o la actividad que debe realizar una de las partes. En efecto, una misma clase de actividad (como custodiar una cosa, o realizar de ciertos servicios intelectuales) puede o no ser calificada de *locatio conductio*, según haya sido prestada en forma remunerada o gratuita. Asimismo, si la actividad del deudor se dirige a la fabricación de un objeto, el contrato puede ser calificado de *locatio conductio* o de compraventa, según haya sido el acreedor (el cliente o destinatario del servicio) o el propio deudor (el prestador del servicio) quien aporte los materiales a partir de los cuales el objeto se fabrica.

1. Las bases romanas del modelo legal: la *locatio conductio*

b) La posibilidad de sostener la existencia de diversos “subtipos” dentro de la *locatio conductio* ha sido, especialmente durante el siglo XX, objeto de una importante discusión en la doctrina científica, discusión que en la actualidad permanece abierta. En mi opinión, el estado actual de este debate sugiere que buscar en el Derecho romano, o en la tradición romanista, una base para diferenciar, con claridad, la prestación de “obras”, de la de “servicios”, es, cuando menos, muy discutible.

c) Aunque los tratados y manuales de Derecho romano suelen recoger, a efectos expositivos, la teoría de la tripartición de la *locatio conductio*, da la impresión, que el único modelo de contratación de “servicios” remunerados que puede construirse a partir de las fuentes, corresponde a supuestos que, en la lógica de la tripartición, podrían ser calificados como *locatio conductio operis*. En el caso del Derecho romano, hay unas razones económicas y socio-culturales que permiten explicar la especial atención que los juristas romanos prestaron a la *locatio conductio operis* en desmedro de la *locatio conductio operarum*. Como se ha visto, la consideración social negativa de los trabajos “manuales”, sumado a la disponibilidad de esclavos para realizarlos, hacen que esta última modalidad de *locatio conductio (operarum)* tenga una importancia relativa muy escasa.

d) Finalmente, me parece importante volver a recalcar que, pese al esfuerzo que pueda desplegarse para intentar caracterizar el “subtipo” *locatio conductio operis*, y extraer de él un modelo de contratación de los servicios (en sentido amplio) remunerados, el casuismo romano sugiere evitar (o al menos, proceder con excesiva

cautela) en la generalización de reglas que fueron pensadas para distintas clases de actividades. Sólo teniendo esto en cuenta, es que puede caracterizarse el contrato romano de servicios remunerados: es un contrato en virtud del cual una persona, a cambio de una remuneración, se obliga a realizar una determinada tarea –personalmente, si así lo exige la naturaleza de la tarea, o si así se pactó– que debe ejecutar conforme a lo convenido y en forma oportuna, y empleando en ella el cuidado necesario.

CAPÍTULO 2

La recepción del modelo romano de la *locatio conductio* en el arrendamiento “de obras y servicios” del Código civil español

I. INTRODUCCIÓN

[27] La regulación de lo que el Código civil español denomina “*arrendamiento de obras y servicios*” [Libro IV, Título VI, Capítulo III (art. 1583 y ss.)] no ha sido modificada desde su entrada en vigor, *al menos no lo ha sido formalmente*⁷⁷. Así, esta regulación del Código civil, tal cual vio la luz hace más de un siglo, sigue siendo el inevitable punto de partida a la hora de hablar de los contratos de servicio en el Derecho

⁷⁷ Como se sabe, es posible sostener que ha operado una derogación tácita, al menos parcial, que afecta sobre todo a la Sección primera del Capítulo III del Título VI del Libro IV del CC (“*Servicios de domésticos y criados*”), por la legislación laboral (véase *infra* [75]). La existencia de una regulación especial en materia de edificación [me refiero a la *Ley de Ordenación de la Edificación*; en adelante LOE] incide también en la vigencia y en el ámbito de aplicación de algunas normas específicas que están en ese mismo Capítulo III, como ocurre particularmente con el art. 1591 CC, que se encuentra en la Sección Segunda (“*De las obras por ajuste o precio alzado*”); sobre ello, véase *infra* nota 577. Por último, considérese que las normas relativas al “arrendamiento de transporte”, contenidas en la Sección Tercera del referido Capítulo III son, por disposición expresa en tal sentido, de aplicación subsidiaria frente a las normas especiales (sobre ello, véase *infra* [76]).

español. Este capítulo de la tesis tiene por finalidad, precisamente, mostrar cómo se construye el modelo de regulación del Código civil español en materia de contratos cuyo objeto es la prestación de un servicio (en sentido amplio).

[28] Es ampliamente sabido –y el estudio del que da cuenta el capítulo anterior permite confirmarlo– que la base fundamental del modelo del Código civil en relación con la contratación de servicios (en sentido amplio) se encuentra en el modelo romano de la *locatio conductio*. La valoración sobre la forma y el grado en que se produce la recepción de dicho modelo romano en el Código civil español sugiere el estudio de sus dos principales antecedentes: *por un lado*, el Derecho español en el momento inmediatamente anterior a la codificación; esto es, el Derecho español del siglo XIX; *por el otro*, el *Code civil français* de 1804.

El estudio de estos dos antecedentes permite comprender las principales características del modelo de regulación adoptado en el Código civil español. Estas características son, básicamente, las tres siguientes: *i)* la contratación remunerada de *obras y servicios* es considerada *una forma de arrendamiento* (concepción unitaria del arrendamiento); *ii)* se regula *de forma separada* el arrendamiento de obras y servicios de otras figuras en las que puede decirse que el deudor presta un servicio, como el mandato, el depósito y la confección de obra con aporte de material, que se califica de compraventa (delimitación *externa* del tipo); y *iii)* el denominado “*arrendamiento de obras y servicios*” *carece de un régimen común*, optándose, en cambio,

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

por regular unas determinadas actividades o “subtipos” (estructura o división *interna* del tipo).

Ahora bien, conviene tener presente que el Código civil español se apartó, en algunos aspectos particulares, de las soluciones adoptadas en esos dos antecedentes (el Derecho español vigente antes de su entrada en vigor, y el modelo del *Code civil*). Y, por ello, resulta interesante considerar también, como un tercer antecedente, la forma en la que las mentadas tres características del modelo legal (la conservación de la concepción unitaria del arrendamiento; la delimitación externa del tipo; y la estructura o división interna del tipo) *se fueron recogiendo en los diferentes proyectos de codificación* que se sucedieron durante el siglo XIX.

Este segundo capítulo se divide en tres partes, que corresponden a esos tres antecedentes.

II. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO “DE OBRAS” EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DEL CÓDIGO CIVIL

[29] Es posible afirmar que, hasta la entrada en vigor del Código civil español, la regulación contenida en *Las Siete Partidas* de Alfonso X (siglo XIII)⁷⁸ constituye la principal fuente normativa en materia de

⁷⁸ Asumo su designación más común. No es posible entrar aquí en cuestiones históricas sobre el nombre, autoría, fecha o finalidad de *Las Partidas*. Simplemente cabe recordar, que si bien se admite que *Las Partidas* fueron elaboradas durante el reinado de Alfonso X, no hay en cambio acuerdo sobre si efectivamente llegaron a ser promulgadas por él, o si tuvieron siquiera la pretensión de ser Derecho vigente en Castilla. De hecho, no hay consenso sobre si se trataría de una obra meramente

contrato de arrendamiento⁷⁹. Y ello, a pesar de que este cuerpo legal ocupaba el último lugar en la jerarquía normativa, con el carácter de Derecho supletorio tras las diversas recopilaciones de leyes y los diversos fueros locales⁸⁰.

La relevancia de *Las Partidas* en relación con la regulación del contrato de arrendamiento *de obras y servicios* para el Derecho español del siglo XIX puede explicarse por dos razones. Por una

doctrinal, o si buscaba ser Derecho vigente del imperio, a cuyo trono aspiró Alfonso X (lo que explicaría porqué este cuerpo legal considera no sólo Derecho de Castilla, sino también el “*ius commune*”). Incluso se ha sostenido que la obra no sería de su autoría, sino de juristas anónimos de finales del siglo XIII y principios del siglo XIV. Sobre todo esto, puede consultarse, por ejemplo, ANTEQUERA, J. M.^a, *Historia de la Legislación española*, Madrid, 1849, p. 181 y ss.; SALA, J., *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803, t. 1, pp. 11-13; o TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del derecho Español*, 4.^a ed., Madrid, 2001, pp. 237-242.

⁷⁹ En este sentido, ALBARDONEDO FREIRE, A./BETANCOURT SERNA, F., “Régimen Jurídico de la construcción en las partidas de Alfonso X El sabio”, en HUERTA, S. (coord.), *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Historia de la Construcción: Cádiz, 27-29 de enero de 2005*, Instituto Juan de Herrera, Madrid, 2005, pp. 17-18.

⁸⁰ Como es sabido, en la Alta Edad Media, España se encuentra inmersa en un estado de “dispersión normativa” (cfr. LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, 3.^a ed., Barcelona, 1983, p. 135), como resultado, entre otros factores, del fraccionamiento político, las potestades legislativas de señoríos, y el surgimiento de núcleos urbanos independientes (véase, sobre ello, TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia*, pp. 113-154). La necesidad de facilitar el conocimiento y uso de las normas permite comprender los sucesivos esfuerzos por recopilar y ordenar dichas fuentes. Entre estos esfuerzos, sin duda cabe destacar el orden de prelación que, de las fuentes existentes hasta entonces, realiza el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), en su *Título XXVIII, ley 1.^a* Esta ley establece que los asuntos deben resolverse primeramente por lo establecido en el propio *Ordenamiento de Alcalá*, en segundo lugar, por los diversos *fueros locales* siempre que estén en uso (incluidos el *Fuero Juzgo* y el *Fuero Real*, en cuanto tienen esta calidad; cfr. PACHECO, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, Madrid, 1862, pp. 35-37), y en último lugar, por *Las Partidas* (a las que, por esta vía, se les reconoce por primera vez fuerza de ley; sobre la vigencia de *Las Partidas*, valga lo dicho *supra* nota 78). Este sistema de prelación fue recogido sucesivamente en las *Leyes de Toro* (en 1505), en la *Nueva Recopilación de las leyes de España* (en 1567) y en la *Novísima Recopilación* (en 1805), conservando siempre el principio de primacía de la ley posterior sobre la anterior.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

parte, por la casi inexistente regulación sobre la contratación de obras y de servicios en los diversos *fueros*⁸¹ (que, por los demás, desaparecen ya a fines del siglo XVI)⁸². Por otra parte, porque en las diversas recopilaciones posteriores [incluida la *Novísima Recopilación* (1805)] no se encuentra ninguna modificación sustancial de la regulación contenida en *Las Partidas*⁸³.

Por consiguiente, se entiende que la doctrina civilista española del siglo XIX exponga y explique el contrato de arrendamiento siempre por referencia a *Las Siete Partidas*⁸⁴.

⁸¹ En este sentido, por ejemplo, en ninguna de las nueve *leyes* contenidas en el Libro III, Título XVII del *Fuero Real del rey don Alfonso el Sabio* (título denominado “*de las cosas logadas*”) se hace referencia al arrendamiento de obras o de trabajos, limitándose la regulación al arrendamiento de cosas. Ello, sin perjuicio que, en otra parte de este texto, hay algunas *leyes* referidas al riesgo en el depósito remunerado y a ciertos aspectos de los tratamientos médicos. Tampoco existe una regulación importante en los *fueros locales*. En ellos puede, sin embargo, hallarse alguna referencia al arrendamiento de servicios o de obra. Por sólo poner un ejemplo, en el *Fuero viejo de Castilla* se trata de los *alogeros e los arrendamientos* (Libro IV, Título III), y al interior de esta regulación se considera la contratación de mancebos y mancebas, prescribiendo muy pocas reglas (básicamente, que si mueren en el transcurso de las obras siendo sanos o son despedidos antes del plazo, deberá pagarse la soldada doblada, y que en caso de duda sobre el hecho del pago deberá creerse al señor). Este tipo de contratación se refiere más bien a lo que hoy se denominaría “arrendamiento de servicios” (en sentido estricto) o derechamente se consideraría como una relación de carácter laboral. El contrato de obra, en sentido estricto, es aquel propio de los artesanos (*cfr.* GIBERT, R., “El contrato de servicios en el Derecho medieval español”, *RPS*, n. 101, 1974, p. 133).

⁸² *Cfr.* ANTEQUERA, *Historia*, p. 215.

⁸³ *Cfr.* SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 43-44.

⁸⁴ Por mencionar algunos: DE ASSO, I. J./DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho Civil de Castilla*, 5.^a ed., Madrid, 1792, p. 216 y ss.; SALA, *Ilustración*, t. 1, p. 299 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN, J. M., *Elementos del derecho civil y penal de España*, 7.^a ed., Madrid, 1865, t. 2, p. 267 y ss.; o DEL VISO, S., *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, Valencia, 1860, parte 2, tratado 3, p. 431 y ss.

1. LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL ARRENDAMIENTO

[30] Lo primero que interesa destacar de la regulación de *Las Partidas* es, que en este cuerpo normativo está presente la concepción unitaria del arrendamiento, siguiendo el modelo romano de la *locatio conductio*. En efecto, el contrato de “(a)loguero” (o “arrendamiento”) es un contrato que puede tener por objeto tanto la cesión de una cosa como la realización de alguna “obra” (P. 5.8.1)⁸⁵. Y, al igual que la *locatio conductio*, se trata de un contrato *esencialmente* oneroso⁸⁶.

[31] Debido a la influencia de *Las Partidas*, la concepción unitaria del arrendamiento está, por tanto, también presente en la doctrina

⁸⁵ Conviene destacar que en *Las Partidas* hay una diferencia entre “(a)loguero” y “arrendamiento”, siendo (a)loguero el término que describe las formas más comunes de arrendamiento de cosas y de obras: “Aloguero es propriamente, quando un ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia; o otorgar un ome a otro poder de usar de su cosa, o de servirse della, por cierto precio, que se ha de pagar en dineros contados [...] E arrendamiento, según el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almoxerisadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta que den por ella. E aun ha otra manera, a que dizen en laton aletamiento; que pertenece tan solamente a los logueros de los navios”.

⁸⁶ Y además, como en la *locatio conductio*, la contraprestación por la cesión del uso de la cosa o la obra ha de ser en dinero, pues, en caso contrario, se trataría de un contrato innominado. Se dice expresamente: “[c]a si otra cosa rescibiesse, que no fuesen dineros contados, non sería loguero, mas sería contrato innominato” (P. 5.8.2). Ahora bien, es de destacar que el carácter monetario de la contraprestación, si bien es algo muy relevante bajo *Las Partidas*, es sin embargo un aspecto que carece de importancia una vez que se reconoció fuerza obligatoria a todo pacto. En este sentido, hay que tener presente que en *Las Partidas* sólo se atribuye fuerza obligatoria absoluta a los contratos nominados y no se la concede a los innominados, a menos que éstos se encuentren revestidos de estipulación o que una de las partes haya cumplido su obligación. El *Ordenamiento de Alcalá* introdujo una variación de este estado, al prescribir “que sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos de qualquier manera que aparezca que alguno se quiso obligar por otro e facer contracto con él” (Título XVI, ley única).

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

española del siglo XIX⁸⁷. Para entonces, ya se había perdido la voz “(a)loguero” contenida en *Las Partidas*, imponiéndose la voz “arrendamiento” para designar al contrato⁸⁸. Es interesante apuntar que, pese a ello, el uso de las expresiones “arrendador” y “arrendatario” todavía no se terminan de definir claramente en el siglo XIX, y de hecho, en la doctrina, esos términos son utilizados para referirse indistintamente a ambas partes del contrato, tal como ocurre en *Las Partidas*.

En *Las Partidas*, los verbos “arrendar” y “(a)logar” identifican indistintamente la acción de quien “da en arrendamiento” y de “quien recibe en arrendamiento”, y en consecuencia, en *Las Partidas* se utilizan las voces “arrendador” y “(a)logador” en forma ambigua, y de hecho, más bien referidas a quien “toma en arriendo” (o sea, a la parte que hoy denominamos arrendatario)⁸⁹.

⁸⁷ Así, en todos los autores citados *supra* nota 84.

⁸⁸ Como se ha dicho en *Las Partidas* se distingue entre “(a)loguero” y “arrendamiento” (*supra* nota 85). Pero en la doctrina del siglo XIX aparece abandonada esta distinción, utilizándose únicamente el término “arrendamiento” para referirse a este contrato (así, por ejemplo, DEL VISO, *Lecciones*, parte 2, tratado 3, p. 433; y GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos*, t. 2, p. 267). Ello puede explicarse básicamente por dos motivos. El primer motivo es que el mismo texto de *Las Partidas* se utilizan luego ambos conceptos como sinónimos, sin que se alcance a apreciar alguna diferencia. El segundo motivo es que las formas “(a)loguero” o “(a)logar” cayeron prontamente en desuso en lengua castellana (sobre el desuso de la voz “alogar”, véase SALA, *Ilustración*, t. 1, p. 300). Es interesante apuntar que, sin embargo, todavía hoy se puede hallar la voz “logar” en el diccionario de la RAE como sinónimo de “alquilar” (e incluso la voz “locación” todavía se recoge como una forma poco usada para referirse al arrendamiento “de obra”). La raíz latina del verbo se conserva, en cambio, en la lengua catalana (*llogar*).

⁸⁹ Por ejemplo, en la P. 5.8.4 se lee: “pagar deben los arrendadores, è los alogadores, el precio de las cosas que arrendaren o alogaren”; o en la P. 5.8.21, en la última parte: “(s)i los arrendadores auian buena fe quando las arrendaron, cuydando que aquellos de quienes las recibieron, auian derecho de las arrendar, o de las logar”.

No sería justo calificar esto como una imprecisión en el uso del lenguaje por parte de *Las Partidas*, pues únicamente se recoge la ambigüedad semántica que, en su época, tenían dichos términos ⁹⁰.

En la doctrina civil del siglo XIX la distinción entre “arrendador” y “arrendatario” no es admitida con generalidad. SALA, por ejemplo, siguiendo con excesivo celo la denominación de *Las Partidas*, llama indistintamente “arrendador” o “arrendatario” a quien recibe la cosa en arrendamiento, mientras que llama “dueño o locador” al que la concede (castellanizando la voz latina *locator*) ⁹¹. En cambio, otros autores, como DE ASSO/DE MANUEL (ya a fines del siglo XVIII) distinguen entre “arrendador” y “arrendatario”, en el sentido moderno de esos términos ⁹².

Por otro lado, hay que tener presente que, tratándose del arrendamiento *de obras*, en las leyes de *Las Partidas* se encuentran denominaciones particulares para designar a las partes del contrato,

⁹⁰ Esta ambigüedad semántica perdura hasta el día de hoy para las voces “arrendar” y “arrendamiento”. En lo que respecta al término “arrendador”, la ambigüedad sería superada sólo con el surgimiento de la voz “arrendatario” y, particularmente, por su expresa conceptualización en el Código civil. Un fenómeno similar ocurre con el verbo “alquilar”, que aparece en el siglo XIII con la misma “doble” función: es tanto ceder el uso por dinero como adquirir el uso por dinero y, de ahí, “alquilador”. La aparición de la forma “arrendatario” (siglos XIV y XV), construida con un sufijo culto “-ario” (que es una adaptación del antiguo “-arius”, que en Derecho romano designaba la parte pasiva de ciertos negocios, como en *mandatarius* o *legatarius*), aportaba una mayor claridad designativa, por lo que hizo perder la ambigüedad a “arrendador” y ayudó a establecer como términos jurídicos, preferentemente, los de “arrendamiento”, “arrendador”, y “arrendatario”, desplazando el de “alquiler”, y, sobre todo “alquilador”. Sobre esta interesante cuestión, que excede con mucho el objeto de nuestro estudio, véase GARCÍA PÉREZ, R., “Tres modelos de oposición por conversión en un diccionario histórico”, *RFE*, n. 87, 2007 (2), pp. 273-291.

⁹¹ Cfr. *Ilustración*, t. 1, pp. 300-301.

⁹² Cfr. *Instituciones*, p. 271.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

tales como las de “menestrales” o “maestros”. Y, siguiendo ese ejemplo, la doctrina civilista del siglo XIX evitará, en general, utilizar los términos “arrendador” y “arrendatario”, prefiriendo otros, tales como los de “dueño”, “amo”, “propietario”, “sirviente”, “jornalero”, “oficial”, “empresario”, etc.⁹³ (términos que habían sido utilizadas por el *Code civil français* de 1804, y que, luego también serán consagrados en el Código civil español de 1889).

2. LA DELIMITACIÓN EXTERNA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO “*DE OBRAS*”

a) El arrendamiento “de obras” y el *condessijo* (depósito)

[32] En *Las Partidas*, la onerosidad esencial del contrato de arrendamiento permite distinguir el arrendamiento “de obras” del contrato llamado *condessijo* o *depositum* (contrato de depósito). Este último se configura como un contrato *esencialmente gratuito*⁹⁴. Sin embargo, hay que tener presente que en *Las Partidas* parece reproducirse la contradicción justiniana entre la naturaleza esencialmente gratuita del contrato de depósito y la posibilidad de un precio⁹⁵. La P. 5.3.3, por ejemplo, contempla algunos supuestos en que

⁹³ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos*, t. 2, pp. 268-269; y DEL VISO, *Lecciones*, parte 2, tratado 3, pp. 435-436.

⁹⁴ El depósito está tratado con ocasión de los contratos que se hacen por gracia y amor. P. 5.3.3: “toma ome en condessijo las cosas, quando non recibe precio, nin gualardon, por guardarlas. Ca si lo recibiesse, o prometiesse de gelo dar, estonce non seria condessijo, mas seria loguero, pues algo señalado toma por la guarda”.

⁹⁵ Sobre esta contradicción, en el Derecho justiniano, valga lo dicho *supra* [6].

la responsabilidad del depositario se agrava, y entre ellos “*quando rescibe prescio por guardar la cosa quel dan en condesijo*”.

Frente a lo anterior, para los autores del siglo XIX, la distinción entre el arrendamiento “*de obras*” y el contrato de depósito sobre la base del carácter esencialmente oneroso o gratuito de estos contratos –tal y como parece desprenderse de la regulación de *Las Partidas*– no es algo tan evidente. Ello, debido a que el carácter esencialmente gratuito del depósito se pone en tela de juicio. Así, mientras que DEL VISO entiende que el depósito es un contrato gratuito en su esencia⁹⁶, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, por ejemplo, afirman que “aunque por regla general [el depósito] es gratuito para que no degenera en arrendamiento, no debe dejarse de reputar como depósito aquel en que intervenga una corta remuneración en recompensa de los gastos y daños que ocasione [al depositario]”⁹⁷. En el mismo sentido, SALA admite que “está en uso llamarse también depósito la guarda que se hace por paga”⁹⁸.

b) El arrendamiento “de obras” y el mandato

[33] El problema de delimitación entre los contratos de arrendamiento “*de obras*” y de mandato no parece plantearse en la doctrina española del siglo XIX. Probablemente ello se debe a la evolución que, desde la última etapa del Derecho romano, experimenta el contrato de mandato, el cual terminó por identificándose con la

⁹⁶ Cfr. DEL VISO, *Lecciones*, parte 2, tratado 3, p. 661.

⁹⁷ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos*, t. 2, pp. 456-457.

⁹⁸ SALA, *Ilustración*, p. 404.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

procuración⁹⁹. De hecho, el mandato desaparece de las fuentes hasta *Las Partidas*¹⁰⁰.

En el siglo XIX, la doctrina española explica y justifica la existencia del contrato de mandato en estrecha vinculación con su *carácter representativo*¹⁰¹, admitiendo, además, que el mandato puede *ser remunerado*¹⁰².

c) El arrendamiento “de obras” y la compraventa

[34] En *Las Partidas*, la delimitación conceptual entre el arrendamiento “de obras” y el contrato de compraventa sigue la solución generalmente admitida entre los romanos: el aporte de materiales por parte del artífice convierte el contrato en una compraventa, aun cuando puede llegarse aparentemente a la solución

⁹⁹ En el Derecho Romano clásico, el *mandatum* se distinguía claramente de la *procuratio*, entre otros aspectos, porque sólo el primero era esencialmente gratuito, y porque además no era representativo. Sin embargo, con el tiempo el mandato se va aproximando a la procuración y, en consecuencia, comienza a considerársele como una forma de representación que se manifiesta principalmente en el ámbito procesal, hasta el punto de abandonarse la posibilidad de un mandato con otro contenido, circunscribiéndose a las actividades en las que es posible actuar en representación de otro (sobre ello, véase ARCOS VIEIRA, M.^a L., “Sobre el contrato de mandato en el Código civil y en el Fuero Nuevo”, *RJN*, n. 22, 1996, pp. 62-65).

¹⁰⁰ Sobre la inexistente regulación del mandato en las fuentes anteriores, véase ARCOS VIEIRA (1996) p. 61 y ss. La misma autora explica que en *Las Partidas*, sólo hay una referencia al mandato a propósito de la fianza (en P. 5.20.12, en la que se entiende que el mandato es una “*una manera de obligación semejante a la fiadura*”). Se ha propuesto que una razón de la inexistente regulación del mandato en las fuentes antiguas podría ser la existencia, en ese período histórico, de ciertos vínculos de dependencia que harían innecesaria esta figura (*cfr.* PACHECO-CABALLERO, F., “La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas”, *RDP*, 1990, pp. 655-670).

¹⁰¹ Así, por ejemplo, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos*, t. 2, p. 439.

¹⁰² DEL VISO, *Lecciones*, parte 2, tratado 3, p. 423 y ss.; GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos*, t. 2, p. 440.

contraria, si se identifica el arrendamiento de obras con la construcción inmueble¹⁰³.

Sin embargo, en la doctrina civil del siglo XIX no se aprecia un tratamiento explícito de este problema de calificación contractual entre el arrendamiento “de obras” y la compraventa. DEL VISO, por ejemplo, cuando aborda el problema de determinar quién soporta el riesgo de destrucción de la obra y de los materiales, se refiere a la posibilidad de que sea el arquitecto quien deba suministrar los materiales, pero en ningún momento dice que, de existir esa obligación de aportar los materiales, el contrato se desnaturalice¹⁰⁴.

3. LA DIVISIÓN INTERNA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

[35] Como se ha apuntado, en *Las Partidas* el arrendamiento puede ser tanto *de cosas* como *de obras*. Pero, a semejanza del tratamiento que se dispensa en el DIGESTO a la *locatio conductio*, dichas “modalidades” no se tratan por separado, sino que únicamente se ilustran y regulan algunos supuestos específicos.

¹⁰³ En efecto, en tal caso el contrato sigue siendo arrendamiento de obras y no compraventa, porque el dueño –arrendador de la obra– aporta el suelo en el que se construye, que es considerado como la materia principal [en este sentido, ALBARDONEDO/BETANCOURT (2005) p. 13].

¹⁰⁴ Aunque, da la impresión de que, para este autor, la obligación de suministrar los materiales hace que el contrato deba ser calificado como una clase de “venta”. En este punto, DEL VISO sostiene: “[s]i [el que tomó a su cargo la obra] además se obligó a suministrar los materiales, deberá él sufrirla [la pérdida] en caso de destruirse la obra antes de ser entregada o reconocida [...] [a]sí se infiere de *Partida* 5.5.24, que establece esta misma doctrina con respecto a la venta de cosas a gustar, *a cuya clase pertenece la obligación del arquitecto de suministrar el material*” [DEL VISO, *Lecciones*, parte 2, tratado 3, pp. 484-485 (cursivas añadidas)].

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

Así, aun cuando es posible hallar en el interior de la regulación del contrato de arrendamiento de *Las Partidas* determinadas *leyes* referidas específicamente al arrendamiento “de obras”, *una distinción entre arrendamiento “de obra”* (en un sentido estricto) *y un arrendamiento “de servicios”* (en sentido estricto) *no parece posible*. Los ejemplos que se ofrecen en *Las Partidas* únicamente se identifican con lo que la doctrina romanista denominaría *locatio conductio operis*¹⁰⁵.

Ello es comprensible. Al igual que en Roma, en la época de *Las Partidas* el lugar que corresponde a la prestación libre de servicios, a cambio de un precio, lo ocupa *otro tipo de relaciones: las de carácter servil*, impuestas hereditariamente o por la adscripción a la tierra¹⁰⁶. La referencia a las “obras y labores”, a propósito de *lo que lo que debe hacer el Pueblo* (P. 2.20.5)¹⁰⁷, es muestra de ello, y

¹⁰⁵ Una simple lectura de las *leyes* de *Las Partidas* permite observar con facilidad la recepción del Derecho romano justiniano, recurriendo incluso a los mismos ejemplos contenidos en el Digesto. Por ejemplo, en lo que respecta a los riesgos y responsabilidad del *conductor* o artífice, la regla general en materia de arrendamiento (contenida en la parte final de P. 5.8.8) es que el *conductor* responde de los daños y de la destrucción de la cosa que se deben a su culpa, y no responde por el caso fortuito, salvo que hubiere asumido el riesgo o que estuviere en mora de restituir. Hay luego, varias aplicaciones particulares de esta regla. En la primera parte de esta misma *ley* (P. 5.8.8) se aplica al caso del transporte de una cosa, como vino en odres o pilares de mármol (*cfr.* D. 19.2.25.7). En la P. 5.8.12, la misma regla se aplica al caso de quien recibe unas telas para lavarlas o teñirlas, si luego entregadas a otro, o se perdiesen, empeorasen o “dañasen por ratones” (*cfr.* D. 19.2.13.6). Y en la P. 5.8.10, que la aplica a quien recibe una piedra preciosa para engastarla en sortija (*cfr.* D. 19.2.13.5).

¹⁰⁶ *Cfr.* GIBERT (1974) pp. 132-133.

¹⁰⁷ En P. 2.20.5 se distingue entre las “labores” de las “obras”, según el lugar en donde se realiza la prestación: “obras”, a diferencia de las “labores”, “son las que *los omes fazen estando en casas, o en lugares encubiertos; assi como los que labran oro, e plata, e fazen monedas, e armas, e armaduras* [...]”. Según SOLÉ RESINA esta distinción se desprendía igualmente de algunos textos anteriores, como en el *Fuero Real*, y cita al efecto la glosa a este texto de Arias de Balboa. Pero, como se ha apuntado (*supra* nota 81) y como también admite SOLÉ RESINA, en el *Fuero Real* no existe ninguna referencia al arrendamiento de obras, ni mención alguna a las “obras” ni las “labores”, por lo que

difícilmente puede tomarse como base para una distinción entre un arrendamiento “de obra” y otro “de servicios”¹⁰⁸.

Lo anterior permite comprender que la doctrina civilista del siglo XIX construya (con base también en el concepto amplio de arrendamiento que contiene la P. 5.8.1) una *división bipartita del arrendamiento*: por un lado, se encuentra el arrendamiento “de cosas”, y por el otro, el arrendamiento “de obras”, donde obras se entiende en un sentido amplio. Así, este último “subtipo” de arrendamiento es indistintamente llamado “arrendamiento de trabajos”, “arrendamiento de servicios”, “arrendamiento de obras y servicios” o “arrendamiento de industria”¹⁰⁹.

cabría preguntarse si Arias de Balboa no estaría influenciado por la doctrina contenida en *Las Partidas* (cfr. *Arrendamiento de obras o servicios*, pp. 41-43).

¹⁰⁸ El lugar en donde se realiza la prestación es el único criterio de distinción entre “obras” y “labores” que parece desprenderse del texto de P. 2.20.5 (véase nota anterior). Por lo mismo, me parece poco fundada la opinión de URUBURU COLSA, en cuanto entiende que en esta *ley* (P. 2.20.5) existirían dos criterios que permitirían distinguir entre “el contrato de obras” y el “contrato de servicios”: por un lado, “el hecho de que el tiempo en que la prestación se realiza constituya o no, elemento esencial del contrato” y por otro, “la sujeción o no del sirviente a la disciplina directa de aquel a que sirve” (cfr. URUBURU COLSA, J. M., *La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 111).

¹⁰⁹ Cfr. DEL VISO, *Lecciones*, parte 2, tratado 3, pp. 434, 437 y 480; y GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos*, t. 2, p. 280. Al interior de esta última categoría (la de arrendamiento “de trabajos” o “de obras y servicios”) se admiten diversas clases, entre las que se encuentra el “contrato de obra” en sentido estricto. GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, llaman indistintamente “ajuste” o “contrato de obra” al “celebrado con un arquitecto o maestro de obras para la construcción de una casa o de un edificio cualquiera”, reservando la denominación “contrato de empresa” únicamente para referirse al que tiene por objeto la realización de una obra pública (*Elementos*, t. 2, p. 281 y 268). DEL VISO, siguiendo al Proyecto de Código civil de 1851 –y admitiendo en consecuencia sólo tres clases de arrendamiento “de obras y servicios”– también reserva el nombre de “contrato de empresa” y de “empresario” a las obras públicas, y utiliza “contrato de obra” para referirse al “arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado” (*Lecciones*, parte 2, tratado 3, p. 480 y ss.), pero, a diferencia de GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, llama “ajuste” a cualquier contrato que tenga por objeto el

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

III. LA CONFIGURACIÓN DEL *CONTRAT DE LOUAGE* EN EL *CODE CIVIL FRANÇAIS* DE 1804

[36] Como es ampliamente sabido, el *Code civil français* influyó de forma importante en la redacción del Código civil español, lo que es particularmente cierto en relación con la regulación del contrato de arrendamiento de *obras y servicios* (art. 1583 y ss. CC). Ello no sólo justifica el estudio que sigue, sino que además delimita su objeto. El estudio del *Code civil français* interesa, en este lugar, en cuanto puede considerarse un antecedente del Código civil español. En consecuencia, en este apartado *no* se pretende dar cuenta del modelo de regulación de los contratos de servicio en el Derecho francés *vigente*. Valga, por tanto, la siguiente advertencia: las referencias que en esta parte del trabajo se hagan a determinados artículos del *Code civil*, deben entenderse hechas, salvo indicación expresa en contrario, a su texto original de 1804, y no a su texto actualmente en vigor.

La regulación del *Code civil* en materia de *arrendamiento de obras y servicios* (*louage d'ouvrage*) ha sido objeto de varias reformas. Sin embargo, durante el siglo XIX sólo se hicieron dos modificaciones a esta regulación: la primera en el año 1868 y la segunda en 1890. Teniendo en cuenta que el Código civil español es de 1889, sólo interesa la primera de esas dos reformas ¹¹⁰. La primera reforma,

arrendamiento de servicios o trabajos, de cualquier especie (*ibíd.*, pp. 436-437). Y en este mismo sentido se había pronunciado, antes, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840, p. 269.

¹¹⁰ La segunda modificación, del año 1890, agregó cinco incisos al art. 1780 *Code civil*, aumentando considerablemente la regulación original del *Code civil* referida a los servicios de criados, domésticos y obreros).

del año 1868, tuvo por objeto la derogación del art. 1781 *Code civil* [*“Le maître est cru sur son affirmation: por la quotité des gages; pour le paiement du salaire de l’année échue; et pour les à comptes donnés por l’année courante”*]. Y es evidente que el hecho de que este artículo fuera derogado no incidió en la posterior regulación adoptada por el Código civil español, que tres décadas más tarde recogió esa misma regla (art. 1584.II CC)¹¹¹.

Todas las otras modificaciones que han afectado al *louage d’ouvrage* han tenido lugar a partir de segunda mitad del siglo XX. Entre ellas cabe destacar la que hizo la *Loi n. 78-12*, de 4 de enero de 1978 (en vigor desde el 1º de enero de 1979), que modificó de forma importante la regulación del *Code civil* en materia de responsabilidad en el ámbito de la construcción, agregando, a continuación del art. 1792 *Code civil*, seis nuevos artículos (los arts. 1792-1 a 1792-6, actualmente en vigor)¹¹².

[37] La forma en que se configura la regulación del *louage d’ouvrage* en el *Code civil français* de 1804 se explica, sin duda, por la importante influencia de la doctrina de J. DOMAT (1625-1696) y la doctrina de J. R. POTHIER (1699-1762)¹¹³. De ahí que sea conveniente

¹¹¹ Art. 1584.II CC: *“El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico./ 2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente”*. En todo caso, no debe concluirse que el contenido del art. 1584.II CC tenga como única fuente el citado art. 1781 *Code civil*; como se ha dicho (*supra* nota 81) la regla que establece que ha de creerse al amo estaba contenida ya en el *Fuero viejo de Castilla*.

¹¹² El art. 1792 *Code civil* había sido modificado algunos años antes, por la *Loi n. 67-3*, de 3 de enero de 1967. Y otras varias modificaciones han tenido lugar desde entonces, pero no es este lugar para dar cuenta de ellas.

¹¹³ Sobre este punto, se dijo, por ejemplo, que, por la importancia del contrato de arrendamiento *“es esencial reunir en un mismo cuadro, en un orden metódico, los*

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

considerar, en primer lugar, los postulados de esos dos autores. A fin de que tal estudio sirva para comprender la regulación adoptada por el *Code civil*, interesa, sobre todo: *i)* determinar si en la doctrina de esos autores está presente la concepción unitaria del arrendamiento; *ii)* saber cuáles son, para esos autores, los criterios que permiten distinguir el arrendamiento “de obras y servicios” de otros contratos cuya prestación característica es un hacer (depósito, mandato y compraventa, en el caso de que se encargue la confección de un bien); y *iii)* determinar si en la doctrina de esos dos autores es posible reconocer alguna clase de distinción o “subtipos” de arrendamiento. Como se verá de inmediato, los postulados de DOMAT y de POTHIER, en relación con estos tres aspectos, son, en general, coincidentes, y por ello pueden ser tratados en forma conjunta. Cuando corresponda, se pondrán de relieve los puntos discordantes.

1. EL CONTRAT DE LOUAGE EN LAS DOCTRINAS DE DOMAT Y DE POTHIER

a) La concepción unitaria del arrendamiento

principios relativos a este contrato: es en el Derecho romano que ellos deben ser y han sido extraídos; es en las obras de Domat y Pothier en las que se les encuentra recogidos y desarrollados” (palabras de MOURRICAULT, en *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil par les diverse orateurs du Conseil D'Etat et du tribunal*, Paris, 1838, p. 629 y ss.).

Desde luego, y como es ampliamente sabido, la influencia de la doctrina de estos dos autores en la redacción del *Code Civil* no se limita al contrato de arrendamiento. Sobre la influencia de DOMAT en la codificación civil francesa, véase, por ejemplo, GILLES, D., “La doctrine comme source des codifications: Jean Domat”, *SUBB*, n. 4, 2009, pp. 61-110; sobre la influencia de POTHIER, véase, por ejemplo, THÉZARD, L., *De la influence des travaux de Pothier et du Chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Paris, 1866.

[38] Lo primero que hay que destacar es que ambos autores asumen la concepción romana unitaria del arrendamiento¹¹⁴. En efecto, tanto en la obra de DOMAT como en la de POTHIER, la contratación de “obras y servicios” (o de “trabajo” en sentido amplio) es considerada como objeto del contrato de arrendamiento (*louage*), configurando una categoría particular frente al arrendamiento “de cosas”¹¹⁵.

¹¹⁴ Cabe tener presente que, se ha afirmado, la concepción unitaria del arrendamiento del Derecho romano (esto es, la consideración de la contratación de las obras y servicios como una forma de arrendamiento) estuvo siempre presente en el Derecho francés, sin que fuera modificada sustancialmente ni por el Derecho canónico ni por el Derecho consuetudinario (cfr. GRENIER, *Du louage d'ouvrage*, p. 29).

¹¹⁵ DOMAT define el arrendamiento como un contrato “por el cual una parte da a la otra el disfrute o el uso de una cosa, o de su trabajo, durante algún tiempo, por un determinado precio” [cfr. *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le Droit Public et Legum Delectus*, Paris, 1705, Título IV, p. 29 (la primera parte fue originalmente publicada entre 1689 y 1694)].

También POTHIER recoge la concepción romana unitaria del arrendamiento. Ello se observa con claridad en sus anotaciones y comentarios a D. 19.2 en su obra *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, de 1748: “En efecto, hay locación no solamente cuando se paga el precio para gozar de una cosa, sino además para hacer una cosa” (utilizo: POTHIER, R. J., *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre*, trad. al francés de M. de Bréard-Neuville, Paris, 1821, t. 7, p. 190 y ss.). Y explica luego POTHIER que, caracterizada la locación como un contrato consensual, ella tiene, además del consentimiento, otros dos elementos esenciales: la cosa respecto de la cual se cede el goce o se “da a hacer” y el precio (*ibíd.*, p. 193).

Como se puede apreciar, para POTHIER, en consecuencia, en el *louage d'ouvrage* es indispensable que exista un precio, que queda obligado a pagar quien ha encargado la obra. Este precio, además, ha de ser en dinero, pues si la contraprestación consiste en dar una cosa distinta de dinero, o en algo que debe hacerse, el contrato ya no sería arrendamiento sino un contrato innominado “*facio ut des, facio ut facias*” (cfr. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, Paris/Orleans, 1764, pp. 356-357). El que no se fije el precio en dinero, sin embargo, no altera sustancialmente el régimen aplicable al contrato, pues al final de su *Traité du contrat de louage* (en el “Apéndice”) POTHIER trata esos casos de contratos innominados, y señala que, por su similitud, deben aplicarse las reglas del contrato de arrendamiento.

Conviene apuntar que la doctrina de POTHIER se enmarca dentro de la concepción de su época. Como muestra del estado de la cuestión, considérese la definición que ofrece para la entrada o voz “*louage*” DE FERRIERE, C.- J., *Dictionnaire de Droit et de pratique*

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

b) La delimitación *externa* del *contrat de louage*

[39] Ambos autores consideran que el carácter remunerado o gratuito del contrato basta como criterio de distinción entre el contrato de arrendamiento (“de obras y servicios” o “de trabajo”) –esencialmente oneroso– y aquellos contratos que, siguiendo la tradición romanista, son considerados esencialmente gratuitos, como el mandato¹¹⁶ y el depósito¹¹⁷.

(cuya tercera edición, que es la aquí utilizada, es de 1749): “un contrato por el cual dos o más acuerdan que uno entregará al otro una cosa mueble o inmueble para que la disfrute por cierto tiempo, a cambio de una suma que se paga al año o de otro modo, o un contrato por el cual uno entrega su trabajo por jornadas, por una cierta suma o recompensa”. A continuación de esta definición aparece la definición de la voz “*louage de temps et d’industrie*”: “contrato que se hace por los obreros, domésticos que se alquilan por un cierto tiempo, para hacer ciertas obras o para servir a aquellos que quieran tomarlos en servicio, con cargo de por ello recibir la recompensa en que las partes hayan estado de acuerdo” (t. 2, p. 247).

¹¹⁶ DOMAT afirma, a propósito de las reglas del mandato, que la función del mandatario debe ser gratuita, y que, si se ha convenido algún salario, sería una especie de contrato de arrendamiento, en el que, aquel que actúa por el otro, daría, a cambio de un precio, el uso de su industria o su trabajo (DOMAT, *Les lois civiles*, p. 126). La gratuidad pues, basta para distinguir un arrendamiento de trabajo de un mandato. En contra, SOLÉ RESINA entiende que en DOMAT, “la nota de la representatividad permite distinguir el mandato del arrendamiento de servicios” a la que se “añade” la gratuidad. SOLÉ RESINA dice que DOMAT afirma que “si conviene un salario, *no* se convierte en una especie de arrendamiento donde quien se obliga por otro daría por precio el uso de trabajo” [*Arrendamiento de obras o servicios*, p. 36 (cursivas añadidas)]. El texto original de DOMAT es: “*Si on convenoit de quelque salaire, ce seroit un espece de loüage, où celui qui agiroit pour un autre doneroit pour un prix l’usage de son industrie, & de son travail. Mais la recompense qui se donne sans convention, & par honneur pour reconnaître un bon office, est d’un autre genre, & ne change pas la nature de la procuration*”, de forma que para DOMAT, como se puede apreciar, si se conviene un salario, el contrato sí se desnaturaliza y sería una especie de arrendamiento, pero admite que, sin que haya mediado convención, se recompense al mandatario por honor y en reconocimiento de sus servicios, tal como ocurría en el Derecho romano.

POTHIER, en el mismo sentido, sostiene que en el *louage d’ouvrage* es indispensable que exista un precio y que, en otro caso, se trata de un mandato. También entiende que el contrato sería un mandato si, habiéndose fijado un precio, se indica, en el mismo

[40] Por otro lado, en lo que se refiere al problema de la calificación contractual que se presenta cuando el contrato celebrado por las partes tiene por objeto la confección de un objeto material (esto es, el problema de la posibilidad de calificarlo como arrendamiento “de obra” o como compraventa), tanto DOMAT como POTHIER recogen los textos del Digesto, y adoptan la solución romana sobre la base de determinar cuál de las partes ha suministrado la materia principal (si la aporta el artífice, el contrato se califica de compraventa; si la aporta el que ha encargado la obra, el contrato se califica de arrendamiento)¹¹⁸.

c) La división *interna* del *contrat de louage*

[41] Aunque ambos autores utilizan, en su exposición, una división bipartita del *contrat de louage*, difieren en relación con el

contrato, que el *conductor* condona al *locator*; e igualmente sería mandato si el precio fijado no es de cierta consideración en relación con el valor de la obra. Así para POTHIER, la única diferencia entre el mandato y el arrendamiento de obra es la existencia de un precio o remuneración (POTHIER, *Traité du contrat de louage*, pp. 356-357).

¹¹⁷ Para DOMAT “el depósito debe ser gratuito, pues de otra forma sería un arrendamiento, en el cual el depositario arrendaría su cuidado” (“*Le dépôt doit être gratuit, car autrement ce seroit un loüage, où le depositaire loüeroit son soin*”) *Les lois civiles*, p. 77]. Por su parte, POTHIER explica que “si al aceptar el mandato que me habéis dado, o el depósito de una cosa que me habéis confiado, os he exigido una cierta suma como la recompensa del cuidado que tendré por los objetos que me habeis confiado, o por la gestión de vuestros intereses, el contrato no será ni un contrato de depósito, ni de mandato, será igualmente un contrato de alquiler, por el cual os alquilo mis servicios por la gestión de vuestro negocio, o por la guarda de vuestro depósito” [*Traité des obligations* (nouvelle édition), Paris/Orleans, 1764, t. 1, p. 14; el texto ha sido tomado de la versión en español: *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p. 15]. POTHIER entendía que en Derecho romano la remuneración era también la única diferencia entre el depósito y el arrendamiento (*cfr.* POTHIER, *Pandectes de Justinien*, t. 7, pp. 199-201).

¹¹⁸ DOMAT, *Les lois civiles*, p. 187; POTHIER, *Traité de louage*, pp. 352-353.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

contenido de cada una de las categorías. DOMAT agrupa las obras y servicios en una categoría amplia, la del “arrendamiento de trabajo” ¹¹⁹. POTHIER, en cambio, considera –en sintonía con la visión peyorativa del Derecho romano sobre el trabajo remunerado ¹²⁰– que los únicos servicios que pueden ser objeto de arrendamiento son los servicios “innobles y apreciables en dinero”, como los de domésticos y servidores, obreros o artesanos ¹²¹. Para POTHIER, en consecuencia, el trabajo remunerado admite una distinción que no se basa en el objeto del contrato, *sino en el estado o condición de la persona que presta el servicio*. Así, una persona que realiza un trabajo para otro puede, o bien estar bajo la autoridad de quien se beneficia del trabajo, o bien puede exigírsele únicamente aquello por lo cual se le prometió

¹¹⁹ DOMAT, bajo una misma sección –llamada “de la naturaleza de los ajustes, y de otros arrendamiento de trabajo e industria”– trata el arrendamiento de “trabajo” en un sentido amplio, lo que obedece no sólo a una forma de exposición, sino que aparece presentado como un “tipo” de arrendamiento, definido como “aquel en que se da una obra, o un trabajo a realizar” y en el que “el arrendatario o contratista, es quien emprende el trabajo o la obra (*Les lois civiles*, p. 60).

Debido a este tratamiento unitario, SOLÉ RESINA entiende que “[e]n ningún momento aprecia DOMAT la distinción entre el arrendamiento de obras y arrendamiento de servicios” (*Arrendamiento de obras o servicios*, p. 35). Estoy de acuerdo con la autora en este punto, porque aunque DOMAT señala, en el párrafo siguiente, que “a veces el arrendatario debe una obra (un grabador a quien se encarga grabar un sello), otras sólo debe trabajo (un chofer), y otras veces, la materia de una obra y su trabajo (un arquitecto que construye una casa)”, no parece que DOMAT sugiera propiamente una división, desde que no se desprende ninguna consecuencia normativa diversa (*Les lois civiles* p. 60). Sin embargo, conviene apuntar que DOMAT sí propone unas reglas particulares aplicables a la obligación que consiste en realizar una obra material.

¹²⁰ POTHIER, luego de definir el contrato de *louage*, aclara que no utiliza el término “cosa” en su acepción estricta, pues se puede arrendar tanto una cosa (en sentido estricto) como un trabajo. En efecto, agrega, “un hombre libre puede empeorar su estado, arrendando su propio trabajo por el día, o por la noche” (*cfr. Pandectes de Justinien*, t. 7, p. 193).

¹²¹ *Cfr. POTHIER, Traité du contrat de louage*, p. 10.

la remuneración¹²². Para POTHIER, sólo el segundo caso constituye *louage d'ouvrage*. Los casos en los que una parte está bajo la autoridad de la otra son tratados por POTHIER a propósito del arrendamiento de cosas¹²³ y como se ha puesto de relieve por algún autor, sin un tratamiento sistemático¹²⁴.

No parece que esta visión de POTHIER deba sorprender en demasía. En Roma, como ya se ha destacado, los contratos por lo que se prestan “servicios” remunerados (calificables como *locatio conductio operarum*) tenían una importancia más bien marginal,

¹²² En su *Traité des obligations*, a propósito de la admisión de la prueba testimonial de ciertas personas, señala que “Se llama servidores a la gente que nosotros tenemos a sueldo para que nos presten todos servicios que de ellos pedimos, aún estén sujetos principalmente a una cierta especie de servicio./ Se puede ser también servidor sin ser criado o doméstico; tales son el jardinero o el guardabosque, que un hombre domiciliado en una ciudad, tiene en su casa de campo o en contornos. Estos en verdad no son domésticos suyos, puesto que no viven con él y no se sientan a su mesa; pero son servidores, puesto que los tiene a sueldo, y que puede mandarles cuando este en sus tierras que le hagan todos aquellos servicios que resultan de sus cargos”. Así, para POTHIER los *servidores* y los *domésticos* son aquellos que están bajo “nuestra autoridad”, de modo que existe un derecho a “ordenarles” o “mandarles” que realicen ciertos servicios. Es este elemento lo que permite distinguirlos de aquellas personas a las que se ha encargado la realización de una cierta obra a cambio de una suma de dinero, que no son propiamente servidores, y a quienes no se puede dar órdenes ni exigir sino la obra que se han obligado a realizar [cfr. POTHIER, *Traité des obligations*, t. 2, p. 407; texto tomado de: *Tratado de las obligaciones*, p. 500].

¹²³ POTHIER, *Traité du contrat de louage*, p. 1. Abre este tratado con la afirmación de que hay dos especies de contrato de arrendamiento, el arrendamiento de cosas (*louage des choses*) y el arrendamiento de obras (*louage des ouvrages*), al que dedica el séptimo capítulo. En éste, la primera cuestión que aborda es la naturaleza del contrato de obras, que se diferencia del arrendamiento de cosas en que la cosa acordada por un cierto precio debe hacerse por el conductor, y porque, en el contrato de arrendamiento de cosas quien paga es el conductor, mientras que en el contrato de obra, quien paga es el *locator* (p. 350 y ss.). Sobre la designación de las partes del contrato, véase también *infra* nota 147.

¹²⁴ ALONSO OLEA, M., “Breve nota sobre el arrendamiento de servicios en Pothier, junto con la traducción de algunos pasajes del mismo”, *RPS*, n. 117, 1978, p. 188; y en idénticos términos, SOLÉ RESINA, *Arrendamiento de obras o servicios*, pp. 37-38.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

debido a la marcada estratificación social que caracteriza a la sociedad romana ¹²⁵. Esta marcada estratificación social subsistirá en Europa básicamente hasta el siglo XIX, y ello determina, en consecuencia, la escasa importancia que, desde la vereda jurídica, se les presta a los contratos que tienen por objeto la realización de servicios (en sentido estricto) remunerados¹²⁶.

2. EL *CONTRAT DE LOUAGE* EN EL *CODE CIVIL FRANÇAIS* DE 1804

[42] El *Code civil français* de 1804 reguló el contrato de arrendamiento en el Título VIII (*contrat de louage*) del Libro III (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*). Este Título VIII está dividido en cuatro capítulos, el tercero de los cuales se titula *Du louage d'ouvrage et d'industrie* (art. 1779 y ss. *Code civil*). En las páginas que siguen, y tal como se ha hecho en las páginas anteriores, daré cuenta, brevemente, de la aproximación del *Code civil* en relación con los siguientes tres aspectos: i) la recepción de la concepción unitaria del arrendamiento; ii) la delimitación externa del subtipo de arrendamiento *louage d'ouvrage*; y iii) la división interna del subtipo de arrendamiento *louage d'ouvrage*.

a) La concepción unitaria del arrendamiento

[43] El *Code civil* de 1804 conservó la concepción romana unitaria del arrendamiento. En este sentido, el art. 1708 *Code civil* expresa con

¹²⁵ Véase *supra* [21].

¹²⁶ Esto ya se ha apuntado en relación con la regulación de *Las Partidas* (*supra* [35]).

claridad: “*Il y a deux sortes de contrats de louage:/ Celui des choses,/ Et celui d’ouvrage*”¹²⁷. El *louage de choses* se define en el art. 1709 *Code civil* como “*un contrat par lequel l’une des parties s’oblige à faire jouir l’autre d’une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s’oblige de lui payer*”. Por su parte, el *louage d’ouvrage* se define en el art. 1710 *Code civil* como “*un contrat par lequel l’une des parties s’engage à faire quelque chose pour l’autre, moyennant un prix convenu entre elles*”. Los tres artículos que se acaban de transcribir siguen en vigor, con su texto original.

b) La delimitación externa del *contrat de louage*

[44] En el *Code civil*, la onerosidad esencial del *contrat de louage* sigue siendo el criterio que permite distinguir el *louage d’ouvrage* del contrato de depósito (*dépôt*), pues este último es un contrato esencialmente gratuito (art. 1917 *Code civil*)¹²⁸.

[45] Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con el contrato de mandato (*mandat*). En la regulación del *Code civil*, el mandato deja de ser un contrato esencialmente gratuito para ser un contrato naturalmente gratuito (art. 1986 *Code civil*)¹²⁹.

¹²⁷ “Este comienzo es precisa y literalmente el del tratado de Pothier” (DUFOUR, J. M., *Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, Paris, 1806, t. 3, p. 200).

¹²⁸ Art. 1917 *Code*: “*Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit*”.

¹²⁹ Art. 1986 *Code*: “*Le mandat est gratuit s’il n’y a convention contraire*”.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

El posible carácter remunerado del mandato y la limitada regulación del “*louage d’ouvrage*” (arts. 1779-1799 *Code civil*) generaron un debate doctrinal en relación con la naturaleza y el régimen aplicable a los servicios prestados por profesionales liberales. Si se observa la doctrina francesa del siglo XIX, pueden hallarse diversas posiciones sobre este punto. El estudio de esas diversas posiciones muestra que dicha discusión doctrinal sobre la calificación de ciertos servicios, como arrendamiento (*louage d’ouvrage*) o como mandato (*mandat*), no fue una cuestión meramente técnica, sino que, sobre todo, era una cuestión filosófica y moral.

En efecto:

- i. Algunos autores sostuvieron que la diferencia entre el *louage d’ouvrage* y el *mandat* debía hallarse en la distinta consideración que la ley tenía de las profesiones liberales respecto de la de los simples trabajos manuales¹³⁰;
- ii. Otros autores, en cambio, entendieron que el *Code civil* implicó una ruptura con la tradición, en el sentido de que no es posible

¹³⁰ Por ejemplo, TROPLONG entiende que el *Code civil* conserva la doctrina de los jurisconsultos romanos y franceses. La nota diferenciadora es la distinta naturaleza de los servicios realizados, y consecuentemente con ello, el que sea o no posible predicar de ellos el que tengan un “precio”. Para TROPLONG es evidente que el legislador sólo ha considerado dentro del “*louage d’ouvrage*” los trabajos manuales, y que las artes liberales quedan dentro de la regulación del mandato, pues entre las diversas ocupaciones y profesiones hay una desigualdad de mérito y de honra, desigualdad que el derecho debe reconocer y consagrar (cfr. TROPLONG, M., *Le Droit Civil Expliqué suivant l’ordre des articles du Code*, Bruxelles, 1841, pp. 225-232). En este sentido, el autor expresa, por ejemplo, que el médico que salva una vida o el abogado que defiende a un cliente, no lo hace únicamente por el dinero, sino “por la gloria, por la patria, por la humanidad” (*ibíd.*, p. 230). En el mismo sentido, MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7.ª ed., Paris, 1875, t. 6, pp. 539-542.

entender que el mandato en sí mismo tenga una mayor consideración social que el arrendamiento¹³¹; y que el criterio de distinción entre el *louage d'ouvrage* y el *mandat* recogido en el *Code civil* es el de “la representación”, el cual aparece como un elemento de la esencia del mandato (art. 1984.I *Code civil*)¹³²;

iii. Por último, un sector minoritario de la doctrina propuso que los servicios prestados por profesionales (como médicos o abogados) no constituían ni arrendamiento ni mandato, sino que constituían un contrato innominado *sui generis*¹³³.

¹³¹ En este sentido, por ejemplo, DUVERGIER, quien admite que por mucho tiempo las obras de la inteligencia tuvieron en la sociedad una mayor consideración social, pero que desde la revolución francesa –y también a consecuencia de los adelantos tecnológicos– ello ha cambiado (*cfr.* DUVERGIER, J. B., *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Continuation de TOULLIER*, 5.^a ed., Paris, 1838, t. 19, pp. 317-319).

¹³² Art. 1984.I *Code civil*: “*Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*”. En todo caso, la “representación” –considerada como elemento esencial del mandato– puede entenderse de dos maneras: que el mandatario actúe “en nombre” del mandante o que actúe por cuenta y riesgo de este último. Para que exista mandato se requiere, al menos, esto último, es decir, que aun cuando el mandatario no se presente frente a los terceros como un representante de otro, los actos celebrados con ellos lo sean, finalmente, por cuenta y riesgo del mandante, quien debe, en definitiva, soportar sus consecuencias. En parte, por ello es que DUVERGIER entiende que, mientras se acuerde un precio por algo que se debe hacer, poco importa que se trate de un trabajo mecánico o de una obra intelectual, pues en tal convención no se puede apreciar sino un arrendamiento, porque no se encuentran presentes las características del mandato (*Le droit civil*, t. 19, p. 288 y ss.). En el mismo sentido, por ejemplo, LAURENT, F., *Principles de droit civil français*, Paris/Bruxelles, 1877, t. 25, p. 597; y BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit civil*, Paris, 1884, t. 3, p. 526.

¹³³ Es la opinión de GRENIER, quien dice seguir la posición de AUBRY/RAU (aunque no la plasmada en sus primeras ediciones, sino en posteriores; *cfr.* *Du louage d'ouvrage*, pp. 169-170). Al menos en la cuarta edición de su *Cours de Droit Civil Français*, AUBRY/RAU sostienen, a propósito del objeto del contrato, que “los actos de una profesión literaria, científica o artística no podrían, en sí mismos y directamente, formar el objeto del contrato, en el sentido que, quien los ha prometido, no puede ser civilmente constreñido a la ejecución de su promesa [...] pero nada impide que una cosa determinada a producir (*opus*) sea el objeto de una convención civilmente eficaz, sea

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

[46] Por último, en relación con el problema de la delimitación conceptual del *contrat de louage* frente al contrato de compraventa –problema que, recordemos, se presenta en el supuesto de que se encargue la confección de una obra, si la materia es aportada por el artífice– la solución del *Code civil* no es del todo clara, y ello dio lugar a otra discusión doctrinal.

El problema reside en la dificultad que existe para interpretar sistemáticamente dos artículos del *Code civil*: el art. 1787 y el art. 1711, ambos ubicados dentro de la regulación del *contrat de louage*. El primero de ellos, el art. 1787 *Code civil*, señala: “*Lorsqu’on charge quelqu’un de faire un ouvrage, on peut convenir qu’il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu’il fournira aussi la matière*”¹³⁴. Como se puede apreciar, de la sola lectura de este artículo no parece posible desprender ninguna consecuencia en relación con la calificación del contrato que se haya celebrado, es decir, *el aporte de material por parte del artífice no desnaturalizaría el contrato*, que sería, en todo caso, arrendamiento (*louage*) y no compraventa. Sin embargo, del art. 1711. VI *Code civil* parece desprenderse lo contrario (“*Les devis, marchés ou*

que dicha producción deba ser el resultado de talentos artísticos o de facultades intelectuales del orden más elevado” (cfr. AUBRY/RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 1869, 4.^a ed., t. 3, p. 314). AUBRY/RAU, luego, reiteran esta doctrina al tratar el arrendamiento, aunque admiten que, si tuvieran que elegir entre la tesis del mandato y la del arrendamiento, optarían sin duda por la del arrendamiento, porque la característica propia del mandato es el poder de representación conferido al mandatario, para obligar a los terceros con el mandante y para obligar a éste frente a aquéllos, lo que no se da en quien ejerce una profesión liberal (*ibíd.*, p. 512).

¹³⁴ Como se puede observar, el texto del art. 1787 *Code civil* es prácticamente idéntico al texto del art. 1588 CC. De ahí que, también en el Derecho español se discuta cuál es la naturaleza jurídica del contrato celebrado, cuando quien realiza la obra aporta también el material (sobre ello, véase *infra* [56] y [174]).

prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage, lorsque la matière ést fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait)¹³⁵, y que el contrato que tiene por objeto la realización de una obra *no es considerado como arrendamiento si es el propio artífice quien aporta la materia*. Ello, como se ha dicho, dividió a la doctrina francesa.

i. En efecto, es posible hallar diversas posiciones en la doctrina de los autores del siglo XIX, *sin que parezca que alguna de ellas pueda ser considerada como mayoritaria*:

- Para algunos, el *Code civil* conserva la tradición romana y en consecuencia, si el artífice aporta el material, el contrato es una compraventa (con argumentos basados en la historia del establecimiento de la ley)¹³⁶;

¹³⁵ El art. 1711.I *Code civil* señala que “*Ces deux genres de louage [se refiere al louage de choses y al d’ouvrage] se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières*”, de modo que “*Les devis, marchés ou prix fait*” se consideran una especie particular del género *louage d’ouvrage*.

¹³⁶ Así, por ejemplo, DURANTON, quien, como argumento, señala que en el proyecto primitivo del art. 1787 *Code civil* (art. 111) se agregaba, a continuación que “*Dans le premier cas, c’est un pur louage./ Dans le second c’est la vente d’une chose une fois faite*”, y agrega, que si bien el Tribunal solicitó la supresión de estos dos párrafos, debido a que era “puramente doctrina y no tenían el carácter de una disposición legislativa”, nadie dijo que dicha redacción no expresara exactamente el pensamiento del legislador [DURANTON, M., *Cours de Droit Civil suivant le code français*, 4.^a ed. Bruxelles, 1841, t. 9, pp. 299-301; quien además agrega que esta misma doctrina es expresada por MOURRICHAULT en su informe (lo que es efectivo, *cfr. Motifs et discours*, p. 629 y ss.)]. En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit*, t. 3, p. 425; DELVINCOURT, *Institutes de Droit Civil Français*, Paris, 1808, t. 3, p. 187; LAURENT, *Principles de droit civil*, t. 26, pp. 7-8; y MARCADÉ, *Explication théorique*, t. 6, pp. 557-558; y TROPLONG, *Le Droit Civil*, pp. 265-267.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

- Para otros, el contrato que tiene por objeto la confección de una obra con aporte de la materia es en parte arrendamiento y en parte venta¹³⁷;

- Para otros, finalmente, el contrato que tiene por objeto la confección de una obra es siempre un arrendamiento, aunque el artífice aporte la materia¹³⁸.

ii. En todo caso, con independencia de la solución que se adopte en relación con este problema, hay que tener presente que los autores admiten que, en el caso del contratista que construye en terreno del dueño de la obra (o sea, el contrato de confección de una obra inmueble, o de construcción), se trataría *siempre* de un

¹³⁷ En este sentido, por ejemplo, AUBRY/RAU, para quienes el contrato “participe tout à la fois de la vente et du louage” (*Cours de Droit Civil*, t. 3, pp. 525). La justificación de esta solución, en opinión de estos autores, es que el sistema de Derecho francés, a su juicio, no exige, como el romano, la designación del contrato en virtud del cual la acción es intentada, de manera que no es necesario averiguar si la convención es más bien una venta que un arrendamiento. El contrato sería, mientras se desarrolla, un arrendamiento, y sería una compraventa al momento de la recepción. Al respecto, señalan: “Nous serions assez disposés à dire que, jusqu’au moment de la réception de l’ouvrage, les rapports des parties sont principalement régis par les règles du louage, et que celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment” (*ibíd.*, pp. 525-526). En el mismo sentido, BERNARD, F., *Cours sommaire de Droit Civil*, Paris, 1874, t. 3, p. 212.

¹³⁸ Así, por ejemplo, DUVERGIER, para quien el art. 1787 *Code civil* modifica la doctrina del art. 1711 *Code civil* (*Le droit civil*, pp. 385-386). DURANTON, inicialmente partidario de esta posición –de que el contrato de confección de obra debe considerarse siempre como arrendamiento– señala como argumentos, además, los siguientes: *primero*, porque si se entiende que, cuando quien aporta el material es el dueño, debe considerarse el contrato como una compraventa, esta sección no debería tener ninguna regla relativa a los riesgos en este caso, y debería limitarse a reenviar a las reglas contenidas en el título de la venta, lo que no ocurre; *segundo*, la supresión del texto del proyecto que contenía expresamente la distinción en este caso impide una lectura restringida del art. 1787 *Code civil*; y *tercero*, porque el objeto del contrato es una cosa que el obrero se obliga a realizar, y los materiales son algo accesorio, el medio para realizar el trabajo (*Cours de Droit Civil*, t. 9, pp. 300-302).

arrendamiento de obra, aun cuando el contratista aporte todos los materiales¹³⁹.

c) La división interna del *contrat de louage*

[47] En relación con la división interna del tipo, lo primero que hay que destacar es que el *Code civil* reproduce *formalmente* la clasificación principal de POTHIER y conserva su nomenclatura¹⁴⁰. En efecto, como ya se ha apuntado, el art. 1708 *Code civil* distingue *dos grandes clases* de arrendamiento: el “*louage des choses*” y el “*louage d’ouvrage*” (*supra* [43]). Ambas clases de arrendamiento son contratos consensuales, sinalagmáticos, onerosos y conmutativos. La principal diferencia que media entre ellos es, que en el *louage de choses* la obligación característica consiste en ceder el uso de una cosa (*res utenda datur*), mientras que en el *louage d’ouvrage* la obligación característica consiste en hacer algo (*res facienda*)¹⁴¹.

¹³⁹ DURANTON, *Cours de Droit Civil*, t. 9, pp. 302-303; MARCADÉ, *Explication théorique*, t. 6, p. 558.

¹⁴⁰ Véase *supra* nota 127.

¹⁴¹ BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code de Napoleon*, 6.^a ed., Paris, 1859, t. 6, pp. 146-147. En el sistema francés, esto tiene importancia en relación con la ejecución de la obligación, porque, consecuentemente, en el “*louage d’ouvrage*” no es posible el cumplimiento forzado de la obligación, y el incumplimiento de la obligación se resuelve, necesariamente, en daños y perjuicios por aplicación del aforismo *nemo potest ad cogi factum* (cfr. MARCADÉ, *Explication théorique*, t. 6, pp. 538-539).

La posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso en los contratos de servicio constituye el objeto de estudio de la segunda parte de esta investigación. El capítulo 7 de la tesis trata sobre la aproximación del Derecho continental al remedio del cumplimiento específico de las obligaciones de hacer, y en él se hace una referencia particular al Derecho francés (*infra* [252] y ss.).

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

[48] Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que el *Code civil* se aleja de la doctrina de POTHIER en el contenido de estas dos clases de *louage*. En efecto, en el denominado “*louage d’ouvrage*” se incluyen *todo* tipo de servicios o trabajos, incluso los servicios domésticos, qué lógicamente, no pueden ser considerados como cosas que se arriendan¹⁴².

Y es que, las ideas de libertad y de igualdad de todos los hombres (ideas revolucionarias, que también están en la base del movimiento codificador) y la superación de ciertas instituciones feudales (que subsistían todavía en la Francia prerrevolucionaria) impiden, en la época de la codificación francesa, seguir considerando –al menos formalmente– que los trabajos de domésticos, criados y otros obreros puedan calificarse como oficios “innobles”, como en su día lo hizo POTHIER¹⁴³.

¹⁴² Desde esta perspectiva se entiende, por ejemplo, la limitación temporal del art. 1780 *Code* (“*On ne peut engager ses services qu’à temps, ou pour une entreprise déterminée*”; regla que, como puede apreciarse, se corresponde con lo dispuesto en el art. 1583 CC). En la época de la codificación francesa se consideraba que “sería extraño que un doméstico, un obrero pudiera contratar sus servicios para toda la vida. La condición de hombre libre aborrece toda especie de esclavitud” (son las palabras de GALLAY, expuestas en *Motifs et discours*, p. 632). Cabe recordar que, a la entrada en vigor del *Code civil*, y hasta el año 1890, este art. 1780 *Code civil* sólo contenía esta regla (inciso único).

¹⁴³ De hecho, estas ideas eran anteriores a POTHIER y por eso los hermanos DALLOZ dicen que POTHIER, así como otros jurisconsultos del siglo XVIII, “parecen haber vivido enclaustrados en medio de una sociedad en la que la moral se transformaba” [cita recogida de DE MONTMORENCY, J. E, “The Great Jurists of the World: Robert-Joseph Pothier and French Law”, *JSCL*, n. 13, 1914 (2) pp. 277-278]. En todo caso, la consideración jurídica de igualdad y la libertad contractual en la prestación de servicios no implicaba –ni lo implica todavía– la igualdad económica, y esta regulación, de tono liberal, sería superada antes de terminar el siglo XIX, por la necesidad de proteger al trabajador (sobre las reformas al *Code civil* en esta materia, valga lo dicho *supra* nota 110).

[49] Debido a lo que se acaba de señalar, el “*louage d’ouvrage*” o “*louage d’ouvrage et d’industrie*” (que es como se le denomina en el epígrafe del Capítulo III del Título VIII del Libro III del *Code civil*) no ha de entenderse como equivalente a la *locatio conductio operis* romana (si se asume, al menos a efectos didácticos, la tripartición de la *locatio conductio*). Y ello porque, en el *Code civil*, el “*louage d’ouvrage*” designa un tipo genérico, mucho más amplio que la *locatio conductio operis*. El “*louage d’ouvrage*” engloba “los encargos, los servicios, el trabajo y la industria”¹⁴⁴, lo cual resulta más cercano a la categoría de DOMAT de “contratos de trabajo”. Por esto, no debe traducirse la expresión “*louage d’ouvrage*” por la de “arrendamiento de obra” o por la de “contrato de obra”¹⁴⁵; siendo preferible traducir la expresión *louage d’ouvrage* por la de arrendamiento “de labores”, “de trabajo” o, si se quiere, “de obras y servicios”, para denotar que “*ouvrage*” (literalmente “obra”) se utiliza aquí en un sentido amplio¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. *Motifs et discours*, p. 639. AUBRY/RAU señalan que “le louage d’ouvrage (*sensu lato*) peut avoir pour objet, soit des services domestiques, industriels, ou commerciaux (*locatio operarum*), soit des oeuvres à produire au moyen d’un travail de quelque nature que ce soit, mécanique, artistique, scientifique, ou littéraire (*locatio operis*)” [*Cours de Droit Civil*, t. 3, p. 512; cursivas añadidas]. En el mismo sentido, BOILEUX expresa que bajo la denominación “*louage d’ouvrage*” se agrupan todos los contratos en los que “se acuerda un salario por servicios, cuidados y trabajos cualesquiera” (cfr. *Commentaire*, t. 6, p. 146).

¹⁴⁵ La precisión es importante, pues las expresiones “arrendamiento de obra” y “contrato de obra” se utilizan en el Derecho español para designar el contrato que, en términos de la tradición romanista, y según lo entiende parte de la doctrina y la jurisprudencia, correspondería a la *locatio conductio operis* (sobre ello, véase *infra* [80]).

¹⁴⁶ En la doctrina francesa, DELVINCOURT, por ejemplo, utiliza la expresión “*Du louage d’ouvrages ou de services*” (*Institutes de Droit Civil*, t. 3, p. 184), que no está en *Code civil*. LABORDA Y GALINDO, P., en su *Código civil francés, traducido y anotado*, traduce literalmente esta expresión, utilizando “locación de obra o de industria” (Madrid,

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

Otra precisión terminológica que resulta importante tener en cuenta (sobre todo si se quiere ponderar el influjo del modelo romano de la *locatio conductio* en la regulación del *Code civil*) es que el *Code civil* considera como *locator* (o sea, arrendador) a la parte del contrato del *louage d'ouvrage* que debe realizar el trabajo, siendo siempre *locataire* (o sea, arrendatario) la parte que paga por dicho trabajo. En la tradición romanista, en el caso particular de la *locatio conductio operis*, se entiende que el *locator* de la obra es quien la encarga y debe pagar por ella, no quien la realiza¹⁴⁷.

1850, p. 526). SOLÉ RESINA en cambio, prefiere traducirla como “arrendamiento de trabajo” (*Arrendamiento de obras o servicios*, p. 51).

¹⁴⁷ Anteriormente se ha señalado que, en la tradición romanista se entiende que el hecho de que la *locatio conductio* exija la “colocación” de una cosa determina que siempre sea *locator* quien “coloca” la cosa, y *conductor* quien la recibe. Así, en la *locatio conductio operis* el artífice es el *conductor*, pues es él quien recibe algo que debe transformar o modificar. No obstante, también se ha dicho que hay pasajes en las fuentes que califican al artífice indistintamente como *conductor* y *locator*. Esta forma de calificar a las partes en los supuestos de *locatio conductio operis* (tratar de “*locator*” y de “*conductor*” a la vez) fue admitida por DOMAT y por POTHIER como una “posible inversión” de los roles.

Sin embargo, en la codificación francesa –al menos a la vista de los trabajos preparatorios– se consideró que sólo era posible una forma de calificar a las partes del arrendamiento (“de obra”; “*louage d'ouvrage*”): “es el artesano, el guardián, el sirviente, el obrero o el empresario quien es verdaderamente el *locator*, y quien paga es el *conductor* [...] está mal que, a este respecto, en las leyes y obras de jurisconsultos estas calidades hayan sido invertidas” (cfr. *Motifs et discours*, p. 639). Se trata de un cambio de criterio respecto de la doctrina anterior, como lo demuestra la historia de este artículo. En efecto, mientras que en el Proyecto del Consejo de Estado se definía el *louage d'ouvrage* como un contrato en virtud del cual una persona “da una cosa a hacer a la otra” –por tanto, es *locator* el que encarga la obra–, el Tribunal modificó la redacción por “se obliga a hacer una cosa para otro”, de forma que la obligación dominante es la de hacer –y el que hace la obra deviene *locator*– (cfr. GRENIER, *Du louage d'ouvrage*, p. 41-44; y, en el mismo sentido, MARCADÉ, *Explication théorique*, t. 6, pp. 435-440; y TROPLONG, *Le Droit Civil*, pp. 54-55, quien aún admitiendo que esta es la solución impuesta por el *Code civil*, continúa defendiendo la racionalidad de la denominación tradicional).

[50] Aun cuando el *louage d'ouvrage* parece presentarse, formalmente, como un “subtipo” de arrendamiento –esto es lo que se desprende con facilidad de la lectura de los arts. 1708 y 1710 *Code civil*– hay que tener presente que la expresión *louage d'ouvrage* simplemente es el nombre que recibe una categoría o grupo de contratos, y *no puede considerarse propiamente como un tipo contractual*. Me explico. Como ya se ha señalado, el *Code civil* de 1804, dentro de la regulación del *contrat de louage*, dedicó un capítulo a la regulación del *louage d'ouvrage* [Libro III, Título VIII, Capítulo III (“*Du louage d'ouvrage et d'industrie*”)]. Pero, el *Code civil* no contempla un régimen general para el *louage d'ouvrage*, sino que optó por regular algunos aspectos de tres particulares actividades, que son consideradas como las *principales* especies de *louage d'ouvrage*. Esto quedó reflejado en el art. 1779 *Code civil*:

“Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;

3° Celui d'entrepreneurs d'ouvrage par suite des devis ou marchés” ¹⁴⁸.

¹⁴⁸ El texto reproducido arriba es el texto original. El texto ha sido modificado en dos ocasiones. En el año 1967 se reemplazó la denominación de la tercera especie por “*Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés*” (que es el texto en vigor). Y, más recientemente, en el año 2009, se reemplazó la denominación de la primera de estas especies, que desde entonces se denomina “*le louage de service*”.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

Tras este artículo 1779 *Code civil*, el mentado Capítulo III contempla tres secciones, que se refieren, respectivamente, a dichas tres actividades: la *Section 1*, denominada “*Du louage des domestiques et ouvriers*”¹⁴⁹; la *Section 2*, denominada “*Des voituriers par terre et par eau*”; y la *Section 3*, denominada “*Des devis et des marchés*”.

Como se ve, el *louage d’ouvrage* carece de un régimen propio (no existe un régimen común que sea aplicable a esas tres especies de “*louage d’ouvrage*” especialmente consideradas, o que pudiera ser aplicable a otras especies distintas). Como sostiene GRENIER, la regulación que el *Code civil* ofrece sobre el *louage d’ouvrage* no es sistemática, sino más bien casuística: *se trata de unas reglas que pretenden ser claras sobre los principales puntos o problemas, pero inconexas y con lagunas, lagunas que hay que rellenar recurriendo a la analogía y a las reglas y principios generales*¹⁵⁰. Es por esto que puede decirse que el llamado *louage d’ouvrage* no se configura propiamente como un tipo contractual, sino que es la denominación que el *Code civil* utiliza para referirse a una categoría de contratos.

¹⁴⁹ Aunque reunidos en una misma categoría genérica –el de las *gens de travail gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un*– los conceptos específicos *domestiques* y *ouvriers* no eran considerados como sinónimos. Los *domestiques*, como en Derecho romano, se refieren a los que forman parte de una casa, y están subordinados a la voluntad del dueño, son el “servicio doméstico”. Los *ouvriers* son todos aquellos que arriendan sus servicios sin ser domésticos. En consecuencia, el arrendamiento de los primeros siempre es *locatio conductio operarum*, mientras que el de los segundos puede ser *locatio conductio operarum* o *locatio conductio operis* y, respecto de ellos valen los criterios de distinción propuestos por la doctrina (cfr. *Du louage d’ouvrage*, pp. 55-62; y LAURENT, *Principles de droit civil*, pp. 540-541).

¹⁵⁰ GRENIER, *Du louage d’ouvrage*, p. 30.

[51] Ahora bien, dentro de esta categoría genérica –“*louage d’ouvrages*”– se ubica el contrato de “*devis, marché ou prix fait*” (cfr. art. 1711.VI *Code civil*) o “*Des devis et des marchés*” (que es como se denomina la Sección 3 del Capítulo III, del Título VIII del Libro III del *Code civil*)¹⁵¹. Este contrato es el que podríamos denominar *contrato de obra en sentido estricto*, y que corresponde, si se quiere, a la *locatio conductio operis* del Derecho romano¹⁵².

Para la doctrina francesa, esta especie particular de *contrat de louage* –el contrato “*de devis et marchés*”– se distingue del de las “*gens de travail qui s’engagent au service de quelqu’un*” –o sea, del contrato que podríamos llamar *arrendamiento de servicios en sentido estricto*–

¹⁵¹ Como se puede observar, no es absolutamente clara la delimitación del supuesto que se regula en esta sección. El art. 1711 *Code civil* utiliza como sinónimos los conceptos “*devis*”, “*marchés*” y “*prix fait*”, conceptos que son distintos. En este sentido, MARCADÉ señala que, en este art. 1711 *Code civil*, la palabra “*marché*” no se utiliza en su sentido amplio o común (sinónimo de convención) sino que en un sentido estricto, como sinónimo de *prix fait* o *fortfait* (a tanto alzado), para contraponerlo al caso del arrendamiento de los servicios de un obrero por un cierto tiempo (cfr. *Explication théorique*, t. 6, p. 557). En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE explica que “*devis*” y “*marché*” son dos conceptos distintos: el *devis* es un estado detallado de los trabajos que se van a realizar, el costo de los materiales y la mano de obra, y permite a quien encarga la obra considerar las bases del *marché*, esto es, la convención que se propone celebrar con el empresario o arquitecto. Luego el mismo autor agrega que, aunque la mayor parte de estos contratos son “por suma alzada”, se trata de una cuestión meramente accidental. El que el contrato no sea por un precio fijo (a suma alzada), no implica que quede fuera de la regulación de la *Section 3 (Précis de Droit*, t. 3, p. 424). La estrecha relación que existe entre estos conceptos –“*devis*” y “*marchés*”– explicaría que, a veces, en la ley o en la doctrina se utilicen los términos como sinónimos (así, por ejemplo, DUFOUR, *Code civil*, t. 3, p. 239). Para DURANTON todos esos conceptos indican que el precio ha sido fijado de una manera invariable; y que, en consecuencia, este supuesto difiere del “*marché par série de prix*”, en el cual el precio total no se indica, sino que únicamente se indica la serie de precios de las materias que se utilizarán en la confección de la obra, y en la cual será la cantidad de materias utilizadas lo que determinará la suma a pagar en definitiva (cfr. *Cours de Droit Civil*, t. 9, pp. 295-296).

¹⁵² En este sentido, AUBRY/RAU, *Cours de Droit Civil*, t. 3, p. 525.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

básicamente en la forma de retribución y en el objeto del contrato. En el contrato *des devis et des marchés*, el precio se debe por una obra determinada que el empresario se ha obligado a realizar, que es el objeto del contrato. En el contrato de las *gens de travail*, en cambio, la paga es en razón del tiempo que los trabajadores están a disposición de quien los empleó, sea cual sea el resultado de su trabajo, pues el objeto del contrato es el trabajo en sí mismo considerado¹⁵³. De lo dicho se desprende una consecuencia muy importante: la profesión u oficio de quien presta el trabajo no sirve como criterio para distinguir la naturaleza del contrato celebrado¹⁵⁴.

IV. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

[52] Como en sus antecedentes, en el Código civil español se recoge la concepción unitaria del arrendamiento. Sin embargo, en

¹⁵³ BOILEUX, *Commentaire*, t. 6, p. 176; DUVERGIER, *Le droit civil*, p. 383; GUILLOUARD, L, *Traité du contrat de louage*, 2.^a ed., Paris, 1887, pp. 290-291.

¹⁵⁴ Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de Droit civil*, t. 3, p. 242. En el mismo sentido, GUILLOUARD: "Por ejemplo, si se le paga a un obrero para que realice un trabajo bajo la forma de tanto por día (por eso llamado "jornalero"), se trata de un contrato de servicio; si, en cambio, se le paga un precio determinado por hacer un muro, es decir, por toda la obra, no es propiamente arrendamiento de servicios, sino *marché ou prix fait*, que tiene sus reglas particulares" (*Traité du contrat de louage* t. 2, p. 281). Como argumento de texto, considérese el art. 1799 *Code civil*, que establece que "*Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent*". Como se puede apreciar, se desprende que estas personas (albañiles, carpinteros, cerrajeros y otros obreros) pueden contratar sus servicios en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios (*gens de travail*) o en el marco de un arrendamiento de obra (*devis et marchés*).

relación con los aspectos de la *delimitación externa del tipo* (la distinción entre el “arrendamiento de obras y servicios” con otros contratos, en los que puede decirse que el deudor se obliga a realizar un servicio), y en relación con los aspectos de *división interna del tipo* (la posibilidad de distinguir unos “subtipos” de arrendamiento de “obras y servicios”) es posible notar algunas diferencias entre el texto finalmente adoptado por el Código civil español y sus antecedentes. Las siguientes páginas tienen por objeto dar cuenta, muy brevemente, de lo que se acaba de afirmar.

1. LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL ARRENDAMIENTO

[53] El Código civil español recogió la concepción romana unitaria del arrendamiento, conservando así la aproximación que, como ya se ha mostrado en los anteriores apartados de este capítulo, caracteriza a sus principales fuentes o antecedentes. Esto lo expresa con claridad el art. 1542 CC, que define el contrato de arrendamiento en estos términos: “*El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios*”. Por su parte, el art. 1544 CC define el arrendamiento de obras o servicios en estos términos: “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”.

La consideración de las “*obras o servicios*” como objeto del contrato de arrendamiento (esto es, la conservación de la concepción unitaria del arrendamiento) estuvo presente en todo el proceso de codificación civil español, desde el *Proyecto de Código civil de 1836*. El estudio realizado,

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

de los sucesivos proyectos de Código civil que vieron la luz durante el siglo XIX¹⁵⁵, permite realizar esta afirmación con seguridad.

i. Como es sabido, del *Proyecto de Código civil de 1821* sólo se imprimió y publicó el Título Preliminar y los Libros I y II de la Primera Parte. En esta Primera Parte, se abordan algunos aspectos que podríamos entender relativos a la contratación de obras y servicios de carácter dependiente (se refiere a los servicios de los “jornaleros y criados domésticos”). Sin embargo, *esta regulación está fuera de la regulación contractual*. Estos aspectos están tratados en el Libro II (“*De los derechos y de las obligaciones individuales*”) Título IV (“*De la condición de superior y dependiente*”) arts. 455-476 PCC de 1821¹⁵⁶.

Debido a su publicación parcial, no es posible saber si en el *Proyecto de Código civil de 1821* se había considerado incluir una regulación particular de otros contratos de obras y servicios (por ejemplo, el contrato de obra por precio alzado, o la prestación de

¹⁵⁵ Sobre este punto, utilizo los textos y comentarios recogidos por LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española IV: Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, v. 1 y 2, Madrid, 1970.

¹⁵⁶ Véase LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, v. 2, p. 21 y ss.

Estos supuestos –jornaleros y criados domésticos– son relaciones que más bien identificaríamos con la *locatio conductio operarum* de los romanos. Cabe precisar que, en este mismo Título IV se incluye también la situación de dependencia que surge con ocasión de un convenio que se celebra entre un padre o tutor para la educación o aprendizaje de sus hijos o pupilos, lo que a veces en las fuentes romanas es considerada como ejemplo de *locatio conductio operis*. Sin embargo, hay que tener presente que, en este caso, la relación de dependencia no existe entre las partes del contrato (padre-maestro) sino entre el hijo o menor y el maestro, y se regula, sobre todo, el derecho a corregir al pupilo o aprendiz.

servicios independientes) a propósito de la regulación del contrato de arrendamiento¹⁵⁷.

ii. En el *Proyecto de Código civil de 1836*, se entiende –a diferencia de lo que ocurre en el *Proyecto de Código civil de 1821*– que las relaciones de dependencia (entre amos y criados; propietarios y jornaleros) surgen de un convenio formal, y no del estado o condición privada de las partes. Y por tanto, se les trata a propósito del contrato de arrendamiento, junto con la “contrata de obras”¹⁵⁸.

iii. La concepción unitaria del arrendamiento es recogida en el *Proyecto de Código civil de 1851* (art. 1473)¹⁵⁹ y en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888* [(art. 1 del Título denominado “*Del contrato de arrendamiento*”, que forma parte del Libro IV (“*De las obligaciones*”), que carece de numeración correlativa)]¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Y no hay ninguna mención a esta cuestión (la adopción de la concepción unitaria del arrendamiento) en el Título Preliminar. Creo que es razonable, sin embargo, suponer que las obras y servicios, de ser reguladas, lo serían de esta forma (como arrendamiento), puesto que, sea que se hubiera conservado la aproximación del Derecho español vigente, sea que se siguiera el modelo de los códigos de Europa (que son, en definitiva, las fuentes del proyecto), el contrato de obra sería considerado como una forma de arrendamiento.

¹⁵⁸ En la Exp. de motiv. del PCC de 1836, se explica la consideración de las obras y servicios como una forma de arrendamiento, en estos términos: “un jornalero o criado [...] ¿qué hace sino alquilar [su] trabajo”; y también se dice que “la contrata de obras [...] es otra especie de arrendamiento” (cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, v. 2, p. 108).

¹⁵⁹ Art. 1473 PCC de 1851: “*El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga a ceder a la otra el goce o uso de una cosa, o a prestarle un servicio personal, por precio determinado*”.

¹⁶⁰ El art. 1 del Título dedicado al arrendamiento, señala: “*Hay dos clases de arrendamiento, el de cosas y el de obras y servicios*” [cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, v. 2, p. 709 y ss.].

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

2. LA DELIMITACIÓN EXTERNA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO “DE OBRAS Y SERVICIOS”

a) El arrendamiento “de obras y servicios” y el depósito

[54] El Código civil español regula de modo separado el arrendamiento “de obras y servicios” (art. 1583 y ss. CC) y el contrato de depósito (art. 1758 y ss. CC). Y los regula de modo separado a pesar de que la distinción entre estos dos contratos ya no puede justificarse sobre la base de la onerosidad o gratuidad del contrato. El Código civil español *no* considera al depósito como un contrato esencialmente gratuito, sino *sólo naturalmente gratuito* (art. 1760 CC)¹⁶¹, separándose, así, de la tradición romanista plasmada en *Las Partidas* y en el *Code civil*. Así, en el *Código civil*, un depósito remunerado no degenera en arrendamiento de obras y servicios, sino que sigue siendo depósito¹⁶².

¹⁶¹ Art. 1760 CC: “*El depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario*”. La misma solución estaba presente en el art. 1373 PCC de 1836, en el que el depósito se considera sólo naturalmente gratuito, permitiéndose pactar “*estipendio, remuneración o salario*”. El art. 1660 PCC de 1851 volvió al criterio tradicional, estableciendo, tal y como se hace en el *Code civil*, la gratuidad como un elemento esencial del contrato de depósito. En el ACC de 1882-1888, el depósito volvió a ser un contrato sólo naturalmente gratuito [art. 3 del Título relativo al “depósito” (en esta parte, el referido Anteproyecto carece de numeración correlativa)].

¹⁶² Por todos, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 13.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, t. 2, p. 820, quien agrega, que lógicamente el pacto por el cual se acuerda una remuneración no requiere ser expreso; puede ser tácito.

Sin perjuicio de lo dicho en el cuerpo del texto, hay que tener presente que la regulación del Código civil gira claramente sobre la base de un *contrato gratuito*, celebrado en beneficio exclusivo del depositante. En efecto, la única obligación del depositante que el Código civil regula es la obligación, eventualmente sobrevenida, consistente en indemnizar al depositario los daños ocasionados por la cosa y los gastos de conservación en los que ha incurrido (art. 1779 CC). Además, establece que el

Con posterioridad al Código civil español, otros códigos europeos no sólo han admitido la posibilidad de la remuneración en el depósito, sino que incluso llegan a presumir el carácter remunerado del depósito, ya sea por el carácter profesional del depositario, ya debido a otras circunstancias del depósito (así por ejemplo, el § 689 BGB¹⁶³; o el art. 1767 CC italiano de 1942¹⁶⁴). Ello es consistente con presunción de onerosidad que el Código de Comercio español establece en materia de depósito mercantil (art. 304 CCom)¹⁶⁵.

b) El arrendamiento “de obras y servicios” y el mandato

[55] En el Código civil español, la distinción entre el arrendamiento “de obras y servicios” (art. 1583 y ss. CC) y el contrato de mandato (art. 1709 y ss.) no puede hacerse sobre la base del criterio de la onerosidad o la gratuidad del contrato, porque –tal como en el

depositante puede reclamar la cosa en cualquier momento, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución (art. 1775 CC) y permite al depositario, que tenga justos motivos para no conservar el depósito, restituirlo al depositante, incluso antes del término designado (art. 1776 CC), sin establecer ninguna consecuencia para conservar el equilibrio contractual en tales casos. Sobre todo ello, véase OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 86-88.

¹⁶³ § 689 BGB (*Remuneración*): “Se entiende tácitamente pactada una remuneración para el depósito si, conforme a las circunstancias, el depósito solamente se puede esperar a cambio de una remuneración” [trad. LINDNER, A.; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2008].

¹⁶⁴ Art. 1767 CC italiano (*Presunzione di gratuità*): “Il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti”.

¹⁶⁵ Art. 304 CCom.: “El depositario tendrá derecho a exigir retribución por el depósito, a no mediar pacto expreso en contrario./ Si las partes contratantes no hubieren fijado la cuota de la retribución, se regulará según los usos de la plaza en que el depósito se hubiere constituido”.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

modelo del *Code civil*– el mandato deja de ser un contrato esencialmente gratuito, para serlo sólo naturalmente. Es más, en ciertos casos, el mandato es un contrato naturalmente oneroso (*cfr.* art. 1711 CC)¹⁶⁶.

Por esta razón, se busca justificar la existencia independiente de estos dos contratos sobre la base de su distinto objeto, del diferente contenido de su prestación característica. Pero, esta tarea no es fácil, debido a la amplitud de las definiciones que para estos dos contratos ofrece el Código civil. En el arrendamiento de obras y servicios, la obligación característica se describe como la de “*ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio*” (art. 1544 CC)¹⁶⁷. En el contrato de mandato, la obligación del mandatario se describe como la de “*prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*” (art. 1709 CC). En la doctrina, se ha afirmado que lo característico del contrato de mandato es que éste es “un negocio de gestión de intereses ajenos [...] y [que] su objeto es la realización de actos y negocios jurídicos por cuenta ajena”¹⁶⁸. Por otro lado, y aunque en la

¹⁶⁶ Art. 1711 CC: “*A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito./ Esto no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*”.

Sobre este punto, SALVADOR CODERCH expresa, tratando las diferencias entre el contrato de obra y el mandato, que “el criterio de la gratuidad resulta inutilizable” [SALVADOR CODERCH, P., “Comentario del artículo 1588”, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. *et. al* (dirs.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1182].

¹⁶⁷ En palabras de CASTÁN TOBEÑAS, la definición del art. 1544 CC “tiene el inconveniente de no deslindar bien las diferencias que separan este contrato de otros afines, como el de mandato” (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, común y foral*, 14.ª ed., Madrid, 1988, t. 4, p. 471).

¹⁶⁸ SALVADOR CODERCH (1993) p. 1182, cursivas añadidas (a propósito de las diferencias –y la relación que existe – entre el contrato de mandato y el contrato de obra).

definición de mandato del Código civil no hay referencia explícita a la idea de representación, algún autor entiende que *la representación* (el “obrar por otro”) es el elemento caracterizador del mandato ¹⁶⁹. El Tribunal Supremo ha señalado que la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios se debe realizar sobre la base del “criterio de la *sustituibilidad*, no confundible con el de la representación” ¹⁷⁰. En la doctrina moderna, se ha sugerido que es posible entender que los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato, pese a su

¹⁶⁹ Así, MANRESA Y NAVARRO, J. M., quien además plantea que existirían otras justificadas diferencias como por ejemplo, la posibilidad de desistimiento unilateral por cualquiera de las partes en el mandato [*Comentarios al Código civil Español por D. José María Manresa y Navarro con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, t. 10, v. 2, 6.ª ed. (revisada por D. J. M.ª Bloch), Reus, Madrid, 1969, en el comentario del artículo 1544 CC, pp. 423-424]. En efecto, en ambos contratos, la persona a quien “se presta el servicio” puede desistir unilateralmente: el mandante puede *revocar* el mandato (art. 1732.1 CC) y el dueño de la obra puede *desistir* del contrato (art. 1594 CC); la diferencia que existe entre ambos contratos es que el mandatario se le reconoce la facultad de renunciar (art. 1732.II CC) mientras que al contratista no se le reconoce ese derecho. Sin embargo, no parece que esa diferencia sea un elemento determinante a la hora de distinguir ambos contratos, sino que aparece como una consecuencia de la concepción del legislador sobre el mandato: la forma en que se regula el derecho del mandatario a renunciar da cuenta de que se está pensando en un contrato naturalmente gratuito (puede renunciar sin expresión de causa, y se le permite exonerarse de responsabilidad por daños si funda la renuncia “en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”, lo que no parece conforme con un mandato oneroso).

¹⁷⁰ En este sentido, se ha dicho por el Tribunal Supremo: “superando apreciaciones históricas y doctrinales producidas en orden a la distinción del mandato con el arrendamiento de servicios, es básico para distinguirlos el criterio de la *sustituibilidad*, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo pueden ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, pues cuando así no es, o lo que es lo mismo cuando se encomienda a otra persona la prestación de servicios que normalmente no pueden ser realizados ni son de la propia actividad de la persona que los encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad” [STS (Sala 1.ª) de 14 de Marzo de 1986 (Roj 1271/1986) Ponente Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez (FD 1.º)].

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

tratamiento separado en el Código civil, se encuentran en relación de género-especie¹⁷¹.

c) El arrendamiento “de obras y servicios” y la compraventa

[56] Por último, en relación con el problema de delimitación conceptual entre el arrendamiento “de obras y servicios” y el contrato de compraventa (que, recordemos, se presenta cuando una parte se obliga a confeccionar algo, para la otra, aportando además de su trabajo, la materia con la que se confeccionará la obra), el art. 1588 CC (que abre la Sección dedicada al arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado) señala: *“Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material”*.

De esta forma, el Código civil español no parece seguir la solución tradicional, que determina una distinta calificación del contrato según qué parte contratante sea la que aporta la materia, y en cambio, parece entender que siempre hay arrendamiento de obra.

Entre los autores españoles más antiguos, se suele reproducir la discusión doctrinal que se planteó en la doctrina francesa en relación con la calificación contractual del contrato que tiene por objeto la confección de una obra cuando además el artífice aporta

¹⁷¹ Esta es la conclusión de VAQUERO PINTO, tras un largo análisis de los diferentes criterios de caracterización del mandato (VAQUERO PINTO, M.^a J., *Arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005, análisis que la autora realiza en las pp. 183-256).

la materia, con base en el texto del art. 1787 *Code civil* (véase *supra* [46])¹⁷². Esto se entiende si se considera que el art. 1588 CC *reproduce* el texto del art. 1787 *Code civil*. Como se ha visto, en el caso del Derecho francés el argumento más decisivo para calificar el contrato de confección de obra con aporte de material como contrato de compraventa es el texto art. 1711 *Code civil* (que señala que los contratos para realizar una obra por presupuesto y a tanto alzado son arrendamientos “cuando la materia es suministrada por aquel para quien se hace el trabajo”). Ahora bien, el texto del art. 1711 *Code civil* no tiene su correspondiente en el Código civil español, y de ahí que se entienda que, en el Código civil español, el aporte de material no es un factor determinante para calificar el contrato de una u otra forma ¹⁷³.

En todo caso, esto no quiere decir que, enfrentados a un contrato en particular por el que una parte se obliga a confeccionar un bien para otra, no se plantee el problema de si se le debe calificar como compraventa o como arrendamiento “de obras y servicios”. Hasta ahora, únicamente interesa destacar que, en una interpretación literal del art. 1588 CC, dicho problema de calificación no se resuelve sobre la

¹⁷² Entre estos autores, por ejemplo, SCAEVOLA, Q. M., *Código civil*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1893-1915, t. 24, p. 68 y ss.; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, t. 4, p. 507 y ss.

¹⁷³ Por ejemplo, MANRESA Y NAVARRO señala “[p]or nuestra parte, apreciada la cuestión doctrinalmente, observamos en el caso de que se trata una cierta complejidad de relaciones que sin duda empuja a que el acto puede ser calificado lisa y llanamente de arrendamiento: tal vez no fuera difícil descubrir en él derechos y obligaciones para cuya regulación se haga necesario el imperio de otros preceptos distintos de los contenidos en el título 6 del libro 4 del código. Mas el artículo que comentamos está terminante al definir que, ya ponga el arrendador los materiales, bien no sea éstos de su cuenta, el concepto de arrendamiento de obras por ajuste o precio alzado subsiste” (comentario del art. 1588 CC, en *Comentarios*, t. 10. v. 2, p. 702).

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

base del criterio de saber cuál de las partes ha aportado el material. Vuelvo sobre este punto más adelante (*infra* [174]).

2. LA DIVISIÓN INTERNA DEL ARRENDAMIENTO

a) Los proyectos de Código civil

[57] En relación con la división interna del contrato de arrendamiento, la historia del proceso de codificación civil aporta algunas bases para entender el modelo finalmente adoptado por el Código civil español.

El problema de la *división interna* del contrato de arrendamiento y, en particular, la posible distinción entre un contrato “de servicios” (en sentido estricto) y otro “de obra” (en sentido estricto) –como lo entiende la doctrina y sobre todo, como lo aplica la jurisprudencia– es un punto más complejo, en cuanto supone una cierta superación del modelo legal que aquí se describe. Los capítulos 3 y 4 de la tesis tratan de ello.

En el *Proyecto de Código civil de 1836* ¹⁷⁴ aparece perfilado un claro esquema de división del arrendamiento. “*La contrata de obras*” es, como se expresa en el Discurso Preliminar, una especie de arrendamiento, tal como lo es la “locación de servicio o trabajo personal”¹⁷⁵. En

¹⁷⁴ Comienzo por el Proyecto de Código civil de 1836, puesto que, como ya se ha dicho (*supra* [53] i.) el Proyecto de Código civil de 1821 fue publicado sólo parcialmente, y dicha parte publicada no contempla la regulación de los diferentes contratos (y no hay, por tanto, regulación del contrato de arrendamiento).

¹⁷⁵ *Cfr.* LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, v. 2, p. 223 y ss.

consecuencia, la expresión “contrata de obras” tiene aquí un sentido restringido, por oposición a “servicio o trabajo personal”. Y ambas figuras se tratan, junto al “arrendamiento” (voz, esta última, que se reserva para el arrendamiento “de cosas”) en el Libro III, Título IV, llamado, precisamente “*del contrato de arrendamiento, del ajuste de obras y del servicio personal*” (art. 1181 y ss.)¹⁷⁶.

En el *Proyecto de Código civil de 1851*, esa división claramente “tripartita” que contenía el *Proyecto de Código civil de 1836* se reemplaza por una división “bipartita”, siguiendo más de cerca al modelo del *Code Civil*. En el *Proyecto de Código civil de 1851*, el arrendamiento se trata en el Libro III (“*De los modos de adquirir la propiedad*”; entre los que se considera “el contrato”), Título IX (“*Del contrato de arrendamiento*”). La influencia del *Code civil* se deja ver claramente en la forma en que se organiza el Capítulo V de este Título IX, capítulo llamado “*Del arrendamiento del trabajo y de la industria*”. Como el art. 1779 *Code civil*, el art. 1523 PCC de 1851 señalaba que: “*Hay tres especies principales de arrendamientos de trabajo y de industria:/ 1.^a Del servicio de los criados y trabajadores asalariados./ 2.^a De obras, por ajuste o precio alzado./ 3.^a De transporte por agua o tierra, tanto de personas como de cosas*”. A continuación, estas tres especies de arrendamiento “*de trabajo e industria*” son tratadas en forma separada en las tres secciones que conforman ese Capítulo V (art. 1524 y ss. PCC de 1851).

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 223 y ss.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

Ese esquema “bipartito” del arrendamiento sigue presente en el *Anteproyecto de Código civil de 1882-1888*. El art. 3 del Título denominado “*Del contrato de arrendamiento*” (que, como ya se ha dicho, carece de numeración correlativa) señala: “*En el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto*”. Se trata de esta especie de arrendamiento en el Capítulo VI (“*Del arrendamiento de obras y servicios*”), comenzando por el art. 38, que señala que “*Las especies más comunes del arrendamiento de obras y servicios, son:/ 1.º Del servicio doméstico, de criados y trabajadores asalariados;/ 2.º De obras por ajuste a precio alzado;/ 3.º De transportes por tierra y agua, tanto de personas como de cosas*”¹⁷⁷.

¹⁷⁷ SOLÉ RESINA, en cambio, sugiere que la división de este proyecto es en realidad “tripartita” (pudiendo distinguirse el arrendamiento de “cosas”, el de “obras”, y el de “servicios”), básicamente por la utilización de la conjunción “y” en la rúbrica del Capítulo VI. La autora estima que “lo que en un principio se califica como un solo tipo contractual –el arrendamiento de obras o servicios– pasa a convertirse en dos tipos contractuales diferenciados cuando la conjunción «o» se sustituye por «y» en el título del Capítulo VI. Ello da pie a que pueda interpretarse que en este anteproyecto existen, en verdad, tres tipos de contrato de arrendamiento: el de cosas, el de obras y el de servicios” (*Arrendamiento de obras o servicios*, p. 79 y ss.).

Dicha conclusión nos merece alguna duda, por varias razones: *primero*, porque el art. 3 define un subtipo dentro del tipo genérico “arrendamiento”, como consecuencia de la división principal que hace del art. 1. Por ello, si este Anteproyecto es, como sugiere SOLÉ RESINA, una copia del *Code civil*, la expresión “obras y servicios” se corresponde con “*louage d’ouvrage*”, donde “*ouvrage*” puede traducirse como “obra” sólo en un sentido amplio, como sinónimo de “labores” o “trabajo” (valga lo dicho *supra* [49]); *en segundo lugar*, porque luego el Capítulo VI, a pesar de la conjunción “y”, utiliza la expresión “obras y servicios” como el nombre genérico de este subtipo, dentro del que señala, existen diversas especies, entre las cuales está el servicio “doméstico” (aquí se “especifica” la noción de “servicio”) y las obras “por ajuste o precio alzado” (y aquí se “especifica” la noción de “obra”); y, *por último*, separar únicamente “obras” y “servicios”, implica simplemente omitir que el capítulo se estructura sobre la base de tres secciones, no dos (también está regulado el transporte).

b) El modelo adoptado por el Código civil

[58] En relación con el problema de la división interna del tipo, ya en el Código civil, ma parece que pueden afirmarse varias cosas:

En primer lugar, que en el modelo del Código civil se distingue formalmente, tal como en sus fuentes, sólo dos clases de arrendamiento: el “de cosas”, por un lado, y el de “obras o servicios”, por otro. En ambas clases de arrendamiento se considera “arrendador” a la parte del contrato que cede el uso de la cosa, o que realiza la obra o el servicio, y “arrendatario” a la parte que paga por el uso de la cosa, o por la obra o servicio (art. 1546 CC)¹⁷⁸.

En segundo lugar, puede decirse que el arrendamiento de “obras y servicios” aparece, en una primera mirada, como un “subtipo” genérico del contrato de arrendamiento. Como tal, es concebido como un contrato esencialmente oneroso, excluyendo por tanto, todos los servicios que se presten en forma gratuita¹⁷⁹.

Y por último, que si bien el Código civil dedica, dentro del Título que regula el contrato de arrendamiento (Libro IV, Título VI) un capítulo a este “subtipo” de arrendamiento [Capítulo III (*Del arrendamiento de obras y servicios*)], no dispone aquí una regulación general del arrendamiento “de obras y servicios”, sino que únicamente ordena una

¹⁷⁸ Artículo 1546 CC: “Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio; y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar”.

¹⁷⁹ Sobre el punto, véase VAQUERO PINTO, *Arrendamiento de servicios*, p. 316 y ss.

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

regulación particular de tres relaciones contractuales relativamente delimitadas, cada una regulada en su sección: *Sección primera: Del servicio de criados y trabajadores asalariados* (arts. 1583-1587 CC); *Sección segunda: De las obras por ajuste o precio alzado* (arts. 1588-1600 CC); *Sección tercera: De los transportes por agua y tierra tanto de personas como de cosas* (arts. 1601-1603 CC)¹⁸⁰. Conviene destacar, que en esta regulación del Código civil no hay referencia alguna a los servicios inmateriales o intelectuales, como los que prestan los profesionales liberales (médicos, abogados, etc.).

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[59] Las principales conclusiones de este capítulo son las siguientes:

1. La recepción de la concepción romana unitaria del arrendamiento en el Código civil español se debe a un doble influjo. Es indiscutible que el Código civil español tomó como modelo al *Code civil français* de 1804, que asume tal concepción unitaria. No obstante, ello no supone una ruptura con la tradición del Derecho español, pues tal aproximación estaba también presente en *Las Partidas*, texto que, al

¹⁸⁰ Como se puede apreciar, en la regulación del arrendamiento “de obras y servicios” el Código civil español sigue muy cerca el esquema de la regulación del texto original del *Code civil* de 1804. Las diferencias en este punto, son básicamente dos. La primera, únicamente formal, es que se invierte el orden de las secciones segunda y tercera. La segunda, es que el Código civil español no contempla una norma similar al art. 1779 *Code civil*, que, recordemos, dice que las tres especies de arrendamiento de “obras y servicios” que regula, son las “principales”.

menos en relación con el arrendamiento de obras y servicios, era la fuente jurídica más importante en el momento inmediatamente anterior al Código civil.

2. Aunque es posible afirmar que el Código civil conserva, a grandes rasgos, el modelo romano a la hora de regular los contratos que tienen por objeto la prestación de “obras y servicios”, la *delimitación externa* de esta figura (enmarcada en el contrato de arrendamiento), en relación con otros contratos en los que se debe realizar una “actividad”, resulta más difícil de justificar en el Código civil que en el Derecho romano clásico. En efecto:

a) Como la línea de delimitación entre el depósito y la *locatio conductio* se había vuelto borrosa ya en el Derecho justiniano (al admitirse la posibilidad de un depósito remunerado), no es de extrañar que, para la doctrina española del siglo XIX, no sea del todo claro que esta circunstancia (la existencia de una remuneración) desnaturalice al contrato de depósito. Ahora bien, el Código civil tomó partido, y admitió sin más el depósito remunerado (art. 1760 CC).

b) Algo similar ocurre con el contrato de mandato. La principal distinción entre el contrato de mandato y el de arrendamiento de obras y servicios era, en el Derecho romano, la gratuidad esencial del primero, y por tanto, una vez admitido el mandato remunerado, la distinción entre ambos contratos se vuelve menos clara. En el Código civil, el mandato puede ser remunerado, sin desnaturalizarse por ello; es más, el mandato es un contrato naturalmente oneroso en ciertos casos (art. 1711 CC).

2. La recepción del modelo romano...Código civil español

Por lo que se acaba de decir, y aun cuando pueda ser razonable intentar justificar que *tanto el contrato de depósito como el contrato mandato* tienen por objeto la prestación de un “servicio”, no es posible sostener que se trate de casos especiales de arrendamiento “de obras o servicios”. En el modelo del Código civil, tanto el contrato de depósito como el contrato de mandato *son tratados como tipos diferentes, con reglas separadas*. Y, además, como se ha destacado, tanto el depósito como el mandato son contratos que pueden ser gratuitos, lo que es incompatible con el arrendamiento de obras y servicios, que es, en todo caso, un contrato oneroso.

c) En el Código civil, la confección de obra con aporte de material no es calificada ni expresa, ni implícitamente, como contrato de compraventa (art. 1588 CC). Así, el Código civil se separa de la solución tradicional romana y de la seguida en sus antecedentes.

3. Finalmente, el estudio del que se ha dado cuenta en este capítulo permite concluir que una posible distinción entre un arrendamiento “de servicios” y otro “de obra” es difícil de justificar si se atiende al modelo del Código civil. La regulación del Código civil español parece más preocupada por ofrecer unas reglas básicas para unas específicas actividades, que por establecer “subtipos” de “arrendamiento de obras y servicios”. En este aspecto no hay originalidad: el Código civil español simplemente reproduce –casi sin modificaciones– el modelo del *Code civil* de 1804.

CAPÍTULO 3

La construcción del modelo dual contrato de servicios/contrato de obra

I. INTRODUCCIÓN

[60] Parece posible afirmar, que el modelo legal del Código civil en materia de *obras y servicios* –del que se ha dado cuenta en el capítulo anterior– hoy se encuentra, al menos parcialmente, superado. Al modelo del Código civil se superpone un modelo de creación doctrinal y jurisprudencial. Este modelo doctrinal y jurisprudencial no sólo evita la denominación “arrendamiento”, sino que además distingue con claridad entre dos contratos: por un lado, el contrato *de servicios* y por otro lado, el contrato *de obra*. Este capítulo tiene por finalidad dar cuenta de esta afirmación, y describir ese modelo doctrinal y jurisprudencial.

Este tercer capítulo se ha estructurado en dos partes. La *primera parte* tiene por objeto dar cuenta del abandono o superación de la concepción unitaria del arrendamiento. Con ello se quiere poner de relieve que, pese a que el Código civil considera la contratación de *obras y servicios* como una forma de arrendamiento, en la doctrina y en la jurisprudencia

se evita en general la denominación “arrendamiento” para referirse a estas relaciones contractuales. Y se quiere destacar, además, que ello es consistente con el limitado lugar que se reconoce a la concepción unitaria del arrendamiento en el Derecho comparado.

La *segunda parte* de este capítulo tiene por objeto describir las bases sobre las que se construye el aludido modelo doctrinal y jurisprudencial. Aquí se da cuenta, en primer lugar, de los principales motivos que determinan la superación del esquema del Código civil en materia de arrendamiento de “obras y servicios” (la estructura de la regulación), motivos que conducen a configurar dos “tipos” contractuales distintos: el contrato “de obra” y el contrato “de servicios”. Tras ello, se da cuenta de cómo son caracterizados estos dos contratos, y cuál es el principal criterio de distinción entre ellos.

II. EL ABANDONO DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL ARRENDAMIENTO

[61] Como ya se ha dicho, la concepción romana unitaria del arrendamiento sigue presente en el Código civil español. Es natural, por tanto, que las expresiones “arrendamiento de servicios” y “arrendamiento de obra” sean todavía utilizadas por parte de los tribunales y por parte de los autores. Sin embargo, parece posible afirmar que existe una *tendencia* en la doctrina civil española a abandonar esa aproximación conceptual. La tendencia al abandono de la concepción unitaria está en sintonía con la aproximación más generalizada en el Derecho comparado. En efecto, en el Derecho

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

comparado, la concepción unitaria del arrendamiento ocupa, en la actualidad, un lugar muy reducido. Comenzaré por justificar esta última afirmación; luego vuelvo al Derecho español.

1. EL LIMITADO LUGAR QUE TIENE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL ARRENDAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

[62] En la medida en que la idea de que las obras o los servicios se “arriendan” (concepción unitaria del arrendamiento) tiene su origen en el Derecho romano, resulta comprensible que tal aproximación sea *extraña* al *Common Law*. En este sistema jurídico, a diferencia del modelo romano, siempre se ha entendido que *lo que se contrata es la persona*, y no las obras o servicios¹⁸¹.

[63] Ahora bien, aun cuando la concepción romana unitaria del arrendamiento sí fue conocida en los ordenamientos que pertenecen a la llamada familia romano-germánica o de Derecho continental (precisamente por la influencia que en ellos tuvo el Derecho romano), una mirada de conjunto revela que, en la actualidad, tal aproximación ocupa un *lugar muy reducido*.

¹⁸¹ Cfr. BUCKLAND, W./MCNAIR, A., *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge University Press, Cambridge, 2.^a ed., 1952, pp. 298-300. Para una aproximación a las formas en que se explican tradicionalmente las relaciones de trabajo en el Derecho inglés, pero ofreciendo también un análisis comparado, véase, por ejemplo, MACDONELL, J., “Classification of forms and contracts of labour”, *JSCL*, n. 5, 1904 (2) pp. 253-261; y DEAKIN, S., “The comparative evolution of the employment relationship”, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper n. 317 (diciembre, 2005) [www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP317.pdf]. Sobre la forma en la que se regulan actualmente los contratos de servicios en el Derecho inglés, *infra* [135].

a) Los códigos que no recogieron la concepción unitaria del arrendamiento

[64] Pese a que era una idea conocida por la pandectística, las codificaciones germánicas, como por ejemplo el BGB y el Código Suizo de las obligaciones, no adoptaron la concepción unitaria del arrendamiento¹⁸². Se ha sugerido que ello se debe a que el contrato de servicios germánico no tendría su origen en la *locatio conductio* ¹⁸³.

[65] Lo anterior podría llevar a pensar que la recepción de la concepción romana unitaria del arrendamiento se circunscribe

¹⁸² El BGB trata de modo separado el *Mietvertrag* (contrato de arrendamiento, § 535 y ss.), el *Dienstvertrag* (contrato de servicio, § 611y ss.) y el *Werkvertrag* (contrato de obra, § 632 y ss.). Y en estos dos últimos no hay remisión alguna a las normas del contrato de arrendamiento. Sobre esta regulación de los contratos *de servicio* y *de obra* en el BGB, véase *infra* [83].

Por su parte, el Código Suizo de las Obligaciones trata como tipos distintos el arrendamiento [en sus dos formas: *bail à loyer*, que es el arrendamiento de cosas en general (art. 253 y ss.) y *bail à ferme*, que es el arrendamiento de cosas productivas (art. 275 y ss.)] y la prestación de “trabajo”, que queda comprendida en otros tipos, por ejemplo, el *contrat d’entreprise* (art. 363 y ss.).

¹⁸³ En este sentido, VON GIERKE plantea la tesis de que el origen del contrato de servicios germano se encuentra en el Derecho de personas, en la figura del “contrato de servicio fiel”. Sobre la ruptura con la figura de la *locatio conductio*, el autor afirma que “[e]l «contrato de servicios» del Derecho actual ha perdido totalmente su parentesco esencial con la *locatio conductio operarum* del Derecho Romano [...] [h]oy en día nos es extraña la idea de que el contrato de servicios y el de arrendamiento de obra correspondan al mismo concepto genérico que el arrendamiento de cosas. Si bien, el Derecho Común y los pandectistas se han mantenido hasta los últimos tiempos en esta posición, las grandes codificaciones alemanas han roto con ella desde hace mucho” (VON GIERKE, O., *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982, especialmente p. 11 y ss.). RODRÍGUEZ ENNES, en cambio, entiende que las particularidades germánicas apuntadas por VON GIERKE “[no obstan] en modo alguno, para considerar a la *locatio conductio* romana como el precedente más inmediato del contrato civil de arrendamiento de servicios”, incluso en el Derecho germánico [(2009) p. 188].

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

a los llamados “códigos latinos”¹⁸⁴. Sin embargo, resulta interesante destacar, en este punto, que el Código civil portugués de 1867 no adoptó el modelo unitario del arrendamiento, y trató de forma separada el contrato de *locação* y el de *prestação de serviços*¹⁸⁵, lo que resulta, cuando menos, curioso, considerando la base romanista del Derecho anterior a la codificación civil portuguesa¹⁸⁶. La distinción entre el

¹⁸⁴ Utilizo aquí la categoría “códigos latinos” únicamente con fines ilustrativos. Como se sabe, la idea de que sea posible distinguir al menos dos familias de ordenamientos dentro de la tradición romano-germánica –por un lado el sistema germánico y por otro los Derechos latinos o romanistas (entre los que cabe incluir al Código civil francés, al italiano de 1865, al portugués de 1867 y al español)– es una proposición que no encuentra adhesión unánime en la doctrina. En efecto, si bien es posible constatar que entre los Derechos latinos existen muchas semejanzas, sobre todo en lo que se refiere a la terminología utilizada, también hay entre ellos numerosas diferencias, y es válido sostener que dichas diferencias tienen la misma relevancia que las diferencias que pueden encontrarse entre, por ejemplo, el Derecho francés y el Derecho alemán [en este sentido, véase DAVID, R./JAUFFRET-SPINOSI, C., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero), 11.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2010, pp. 47 y 48]. Sobre la noción de “Derecho continental” véase también *infra* [228].

¹⁸⁵ El Código civil portugués de 1867 regulaba, en capítulos separados, el contrato de *locação* [que es el arrendamiento de cosas (art. 1595 y ss.)] y el contrato de *prestação de serviços* (art. 1370 y ss.). Este último, a su vez, contemplaba en distintas secciones el servicio doméstico, el servicio asalariado, el contrato de empresa, las prestaciones de profesionales liberales, el transporte, el de hospedaría, y el de aprendizaje.

¹⁸⁶ De hecho, la concepción unitaria del arrendamiento se encuentra presente en los textos de la doctrina civilista portuguesa del siglo XIX inmediatamente anteriores al Código civil portugués. Así, por ejemplo, en DE MELO FREIRE, P. J., *Intituições de Direito Civil Português, Boletim do Ministério da Justiça*, n. 166, Coimbra, 1967 (reedición del texto original de 1789), pp. 70-73; y en CORREA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de adquirir a propriedade, de a gozar e administrar, e de a transferir por derradeira vontade, para servir de subsidio au novo Codigo Civil*, Coimbra, 1836, t. 3, pp. 140 y ss., quien trata bajo el título que dedica al “arrendamento”, los *carreteiros e alquiladores* (transportistas) y la *empreitada* (contratos para la confección de obra), como especies de *locação*.

contrato de *locação* y el de *prestação de serviços* se conserva en Código civil portugués de 1966, el actualmente vigente¹⁸⁷.

b) La tendencia al abandono de la concepción unitaria del arrendamiento en los códigos civiles modernos

[66] Además del Código civil español y del propio *Code civil français*¹⁸⁸, en el ámbito europeo, la concepción unitaria del arrendamiento *subsiste* únicamente en el Código civil de Bélgica y en el de Luxemburgo¹⁸⁹. Todos éstos, códigos decimonónicos que siguen en vigor.

[67] En cambio, la concepción unitaria del arrendamiento tiende a ser abandonada durante el siglo XX. Esto es lo que ocurre, por ejemplo,

¹⁸⁷ En el Código civil portugués de 1966 el contrato de *locação* (art. 1022 y ss.) únicamente considera el arrendamiento de cosas; y el contrato de *Prestação de serviço* (art. 1154 y ss.) se configura como un tipo genérico al que pertenecen el mandato, el depósito y el contrato de empresa, que se regulan en capítulos separados.

En todo caso, cabe destacar, es discutible que el Código civil portugués de 1966 pueda seguir siendo considerado como parte de la familia latina, debido a la importante influencia de los códigos alemán y suizo (*cfr.* ZWIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 108).

¹⁸⁸ A pesar de que en esta materia, como se ha dicho, la regulación del *Code civil* ha sido objeto de sucesivas modificaciones, el *Code civil* conserva todavía la misma estructura presente en el texto original de 1804 (*supra* [42] y ss.). En consecuencia, las “obras y servicios” son, en la actualidad, consideradas una forma de arrendamiento (*louage d’ouvrage*).

¹⁸⁹ Como se sabe, en estos dos países el *Code civil* fue impuesto por Napoleón durante la ocupación francesa de sus territorios. Alcanzada la independencia, en ambos países se conserva el *Code civil* y, al menos en esta materia, ninguno de ellos presenta modificaciones sustanciales: como en el texto original del *Code civil* y con la misma numeración, ambos Códigos civiles dedican un capítulo al *louage d’ouvrage et d’industrie* (Capítulo III; art. 1779 y ss.), dentro del Título relativo al arrendamiento (*contrat de louage*).

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

en el *Derecho italiano*. El Código civil italiano de 1865 sí recogía la concepción unitaria del arrendamiento ¹⁹⁰, pero ella no fue conservada en el Código de 1942 ¹⁹¹.

Este es también el caso del *Derecho holandés*. El Código civil holandés de 1838 recogía la concepción unitaria del arrendamiento, pero ella fue abandonada a comienzos del siglo XX, en virtud de una reforma al Código civil ¹⁹². Y el Código civil de Holanda de 1992, actualmente en vigor, tampoco recoge dicha concepción unitaria del arrendamiento ¹⁹³.

¹⁹⁰ El Código civil italiano de 1865 –siguiendo de cerca el modelo del *Code civil français*– establecía que: “*Il contratto di locazione ha per oggetto le cose o le opere*” (art. 1568) y que “*La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede*” (art. 1570).

¹⁹¹ El Código italiano de 1942 no contempla bajo la figura del arrendamiento (*locazione*, art. 1571 y ss.) las “obras y servicios”, que, en cambio, pueden dar lugar a un contrato de *appalto* (por el cual una persona asume la ejecución de una obra o de un servicio, con la organización de los medios necesarios y a su propio riesgo; art. 1655 y ss.) o de *opera* (regulado como forma de trabajo autónomo, como trabajo principalmente personal y sin relación de subordinación; art. 2222 y ss.); aunque las profesiones intelectuales (*professioni intellettuali*) tienen una regulación propia (art. 2229 y ss.). Sobre ello, y para una breve presentación de la aproximación a los “contratos de servicio” en el Derecho italiano, véase ALPA, G./ZENO-ZENCOVICH, V., *Italian Private Law*, Routledge-Cavendish, Oxford/New York, 2007, pp. 210-212.

¹⁹² Como es sabido, el *Code civil français* fue adoptado en los Países bajos en 1810, como consecuencia de la ocupación francesa, y no fue sustituido hasta 1838 [sobre el proceso de codificación civil holandés véase, por ejemplo, HONDIUS, E., “100 años del Código civil español, 150 años del Código civil holandés”, en RICO PÉREZ, F., (coord.), *Centenario del Código civil*, v. 4, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1991, pp. 197-206]. Y por ello, la regulación de los contratos de servicio era, en este primer Código civil, básicamente idéntica a la del *Code civil français*. El art. 1602 de ese primer Código holandés establecía, como el 1708 *Code civil*, que: “*Il y a deux sortes de contrat de louage: celui de choses; et celui de services, d'ouvrage et d'industrie*”. Y, por su parte el art. 1604 definía el *louage de services, d'ouvrage et d'industrie*, como “*un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix ou salaire convenu entre elles*”.

El Código civil holandés de 1838, que sustituyó al anterior Código civil, seguía igualmente de cerca el modelo del *Code civil français*, y como éste, conservaba también

[68] Me parece interesante destacar que fuera del ámbito europeo, también se observa una tendencia a abandonar la concepción unitaria del arrendamiento. Así lo demuestra una mirada a la evolución del Derecho civil de Quebec (Canadá), y una visión comparativa de los códigos latinoamericanos.

En efecto, mientras que el Código civil de *Bas-Canada* (de 1865) recogía –debido a la marcada influencia del *Code civil français*– la concepción

la concepción unitaria del arrendamiento. Los arts. 1583 y 1585 BW de 1838 reproducían el contenido de los anteriormente citados arts. 1602 y 1604 BW de 1810. Sin embargo, la concepción unitaria del arrendamiento fue abandonada mediante una reforma del BW de 1838, que tuvo lugar en el año 1907, que derogó esos dos artículos, y modificó, en esta parte, la estructura del Código. Desde entonces –y hasta la entrada en vigor del actual BW (de 1992)– los contratos de servicio (en sentido amplio) quedaron regulados en un Título separado (Título VII A; arts. 1637-1653 BW de 1838).

¹⁹³ El Código civil holandés de 1992 (BW de 1992) regula la mayoría de los contratos en particular en el Libro 7 (el Libro 7a regula el contrato de viaje; que traspone la legislación comunitaria sobre viaje combinado; el Libro 8 se refiere al transporte). Como se ha dicho arriba, en el BW de 1992 no recoge la concepción unitaria del arrendamiento. En el Libro 7 se regulan en Títulos separados el arrendamiento (Título 4) de diversos contratos que tienen por objeto la prestación de servicios (en sentido amplio), como son el contrato de edición (Título 8), el de depósito (Título 9), el contrato laboral (Título 10), y el de construcción (Título 12). Así, resulta que los contratos de prestación de servicios (*overeenkomst van opdracht*), categoría regulada en el Título 7 (denominado “*Opdracht*”, literalmente “encargo” u “orden”; art. 7:400 y ss.) incluye los servicios de carácter personal, con exclusión de esos otros contratos (contrato laboral, de edición, de depósito, de construcción, y de transporte). Es interesante destacar que ese Título 7 se divide en cinco secciones. La primera de ellas contempla un régimen general, que toma como modelo la antigua regulación del mandato (arts. 7:400-413). Las otras cuatro secciones contemplan reglas particulares para cuatro tipos de contratos de servicio: el mandato (arts. 7:414-424), el corretaje (arts. 7:425-427), la agencia (arts. 7:428-445) y el tratamiento médico (arts. 7:446-468; sección incorporada por reforma del año 1995). Sobre todo ello, y para una presentación sobre la forma en que se regulan los contratos de servicio en el Derecho holandés, véase TJONG TJING TAI, T.F.E., “Service Contracts in the Dutch Civil Code” en ZIMMERMANN, R. (coord.) *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 167-180. Y también, con énfasis en la responsabilidad del prestador del servicio, GIESEN, I./LOOS, M., “Liability for Defective Products and Services: The Netherlands”, *EJCL*, vol. 6.4, diciembre 2002.

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

unitaria del arrendamiento, el Código civil de Quebec de 1994, que lo sustituyó, ya no la recoge ¹⁹⁴.

En Latinoamérica, como se ha anunciado, se observa la misma tendencia de abandono de la concepción unitaria del arrendamiento. Los primeros códigos civiles –hoy en su mayoría derogados– fueron simples traducciones del *Code civil*, y por tanto, recogían la concepción unitaria del arrendamiento¹⁹⁵. Los códigos latinoamericanos de la

¹⁹⁴ El art. 1600 CC de *Bas-Canada* de 1865 señalaba: “*Le contrat de louage a pour objet soit les choses, soit l’ouvrage, ou les choses et l’ouvrage tout à la fois*”; y el art. 1602 definía el *louage d’ouvrage* como “*un contrat par lequel l’une des parties, appelé locateur, s’engage à faire quelque chose pour l’autre qui est appelé locataire, moyennant un prix que cette dernière s’oblige de payer*”. En el Código civil de Quebec de 1994, el *contrat de louage* es el arrendamiento de cosas, y se regula en forma separada el *contrat d’entreprise ou de service* (arts. 2098 y ss.). Se contempla aquí una regulación común para las obras y los servicios, y luego, una regulación particular para las obras, regulación que, a su vez, dispone de unas reglas generales para todas las obras y otras particulares para las obras inmobiliarias.

¹⁹⁵ En *Haití*, una traducción del *Code civil*, con mínimas modificaciones, fue promulgada en 1825.

En *República Dominicana*, la promulgación de independencia respecto de Haití (en 1844) y el consecuente deseo de desligarse de la legislación haitiana llevó a promulgar en 1845 el *Code civil* en su lengua original (que hasta hoy sigue en vigor, aunque traducido). La regulación del contrato de arrendamiento, que se denomina “contrato de locación y conducción”, y no ha sido sustancialmente modificada (*cfr.* art. 1708 y ss.).

El primer código civil de *Bolivia* de 1831 era, básicamente una traducción del *Code civil*. El contrato de “arrendamiento y alquiler” se regulaba en los arts. 1128 y ss., recogiendo la concepción unitaria. El segundo código civil boliviano, de 1845, también seguía muy de cerca el modelo del *Code civil*, y recogía igualmente la concepción unitaria del arrendamiento.

El mentado primer Código civil boliviano de 1831 fue adoptado en la Parte Civil del Código General del Estado de *Costa Rica*, en 1941, en donde rigió hasta 1888, año en que entra en vigor el Código civil de Costa Rica, que es el actualmente en vigor. En este último, se regula separadamente el “arrendamiento de cosas” y el “arrendamiento de obras”, conservando la denominación de arrendamiento para referirse a los contratos que tienen por objeto los servicios y obras. El Título dedicado al arrendamiento de obras (arts. 1169 y ss.) contempla tres capítulos, que tratan sucesivamente el alquiler

segunda mitad del siglo XIX, aunque más originales que los anteriores Códigos civiles, conservaron también la concepción unitaria del arrendamiento. Muchos de estos códigos civiles siguen vigentes. Entre ellos destaca el *Código civil chileno* (en vigor desde 1857)¹⁹⁶, por la influencia que éste tuvo en la redacción de otros Códigos civiles

de servicios domésticos, agrícolas, comerciales e industriales (derogado por el Código del Trabajo); el contrato de transporte; y las obras por ajuste o precio alzado.

Sobre la influencia del *Code civil* en las codificaciones latinoamericanas, véase GUZMÁN BRITO, Á., "La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas", *CAJ*, n. 2, 2005, pp. 27-60. Para un completo estudio sobre el proceso de codificación civil en Latinoamérica, véase, del mismo autor: *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2006 (y sobre lo que aquí se ha dicho, interesa particularmente la cuarta parte del libro, sobre la codificación civil de los estados iberoamericanos, p. 141 y ss.).

¹⁹⁶ El Código civil chileno trata el arrendamiento en el Título XXVI del Libro IV. La definición es muy parecida a la del *Code civil* y a la del Código civil español, y sugiere también una división bipartita: "*El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado*" (art. 1915). Sin embargo, la estructura interna de dicho Título XXVI difiere del modelo del *Code civil*, y en consecuencia, también del modelo del Código civil español. La estructura de exposición no es bipartita, sino que se tratan en párrafos separados diversas clases de arrendamiento: el arrendamiento de cosas (Párrafos 1 al 6); el "*arrendamiento de criados domésticos*" (Párrafo 7; derogado en forma expresa-parcialmente- por la legislación laboral); los "*contratos para la confección de una obra material*" (Párrafo 8); el "*arrendamiento de servicios inmateriales*" (Párrafo 9); y el "*arrendamiento de transporte*" (Párrafo 10).

Me parece interesante destacar que la influencia del Derecho romano en la regulación sustantiva del Código civil chileno es, en este punto, mucho más acusada que la que reciben los Códigos Civiles francés y español. En efecto, el "contrato de obra" es siempre de "obra material", porque se contiene, aparte, una regulación especial para los servicios "inmateriales" distintos de los que prestan los criados y domésticos. Los *servicios inmateriales* están definidos como aquellos en los que predomina la inteligencia sobre la mano de obra (art. 2006 y ss.); pero, siguiendo la tradición romanista, las profesiones o carreras que suponen largos estudios quedan sujetas a las reglas del mandato (art. 2218), siendo la regulación del "arrendamiento de servicios inmateriales" supletoria respecto de aquélla (art. 2012). Finalmente, el depósito es un contrato esencialmente gratuito, de forma que la remuneración hace que degeneren en "arrendamiento de servicios", agravándose la diligencia debida, aunque en lo demás sigue sometido a las mismas reglas (así lo dice expresamente el art. 2219).

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

latinoamericanos, la mayoría de los cuales están todavía vigentes ¹⁹⁷. Otros ejemplos de códigos civiles latinoamericanos que conservan la concepción unitaria del arrendamiento son el *uruguayo* (en vigor desde 1868) ¹⁹⁸ y el *argentino* (en vigor desde 1871) ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ El Código civil chileno fue adoptado, con mínimas modificaciones, por Colombia a partir de 1860 (se regula el arrendamiento en los arts 1793 y ss.), por Panamá en 1860, y luego de su independencia, en 1917 (se regula el arrendamiento en los arts. 1294 y ss.); por El Salvador en 1860 (se regula el arrendamiento en los arts. 1703 y ss.), por Ecuador en 1861 (se regula el arrendamiento en los arts. 1856 y ss.), por Nicaragua en 1871, y por Honduras, desde 1880 hasta 1898, y de nuevo desde 1906 en adelante (se regula el arrendamiento en los arts. 1681 y ss.). Todos estos códigos siguen vigentes en la actualidad, salvo el de Nicaragua que fue reemplazado por un nuevo Código civil en 1904, que igualmente conserva la concepción unitaria del arrendamiento (art. 2810 y ss.). El Código civil chileno también influyó importantemente en otros códigos civiles, como el venezolano de 1862 (*cfr.* GUARDIA, A., “La codificación civil de Páez”, *Politeia*, v. 29, n. 36, 2006, pp. 171-198). Sobre la influencia del Código civil chileno de 1855 en las codificaciones latinoamericanas, véase GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, p. 212 y ss.

¹⁹⁸ El Código civil uruguayo regula el contrato de arrendamiento en el Título IV de la Segunda Parte del Libro IV. El art 1776 lo define como “*un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y la otra a pagar por este uso, goce o servicio, un precio determinado.*” El título se estructura en dos Capítulos. El primer Capítulo está dedicado al “arrendamiento de cosas” (arts. 1770 a 1830). El segundo Capítulo regula el al “arrendamiento de obras” (arts. 1831 a 1855). Este último no contempla subdivisiones. El art. 1831 señala: “*Habrá arrendamiento de obras cuando una de las partes se hubiere obligado a prestar un servicio y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero.*” Los artículos que siguen abordan algunos aspectos de delimitación conceptual: si el servicio se presta sin retribución, o la retribución no consiste en dinero, el contrato es innominado, aunque puede ser aplicable la regulación contenida en este capítulo (art. 1832); si la prestación de servicios envuelve representación, el contrato se califica como mandato; los servicios de abogados y procuradores que actúen sin poder de las partes, se regulan como arrendamiento de obras (art. 1833).

¹⁹⁹ En el Código civil argentino se regula la “locación” en el Título Sexto del Libro II. El art. 1493 señala: “*Habrá locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o prestar un servicio; y la otra a pagar por este uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.*” En la estructura del Título, la división es clara: tratan la locación de cosas los capítulos 1 a 7; y el capítulo 8 trata la “locación de servicios”, que se define en el art. 1623 como “*un contrato consensual, aunque el servicio hubiese de ser hecho en cosa que una de las partes debe entregar. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un*

Sin embargo, en las codificaciones latinoamericanas más modernas (as que han tenido lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX) la concepción unitaria del arrendamiento ha sido abandonada. En esta línea, por ejemplo, se encuentra el Código civil boliviano (en vigor desde 1976) ²⁰⁰, el peruano (en vigor desde 1984) ²⁰¹, el paraguayo

servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de este contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las Obligaciones de hacer". Al interior de este capítulo no hay subdivisiones, y se tratan en conjunto supuestos de trabajo doméstico, de servicios profesionales y confección de obras materiales. No presenta problemas de delimitación conceptual con el mandato, por el carácter esencialmente representativo de éste (*cfr.* arts. 1869 y 1870).

²⁰⁰ El Código civil boliviano trata en títulos separados el "contrato de arrendamiento" (arts. 685 y ss.) y el "contrato de obra" (arts. 732 y ss.), por el cual *"el empresario o contratista asume, por si solo o bajo su dirección e independientemente, la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida"* y cuyo objeto *"puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios"* (art. 732).

²⁰¹ El Código civil peruano trata en títulos separados el contrato de arrendamiento (art. 1666 y ss.); el contrato de hospedaje (art. 1713 y ss.) y el contrato de "prestación de servicios" (art. 1755 y ss.). Esta regulación resulta interesante: por la prestación de servicios *"se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente"* (art. 1755), pero el *contrato de prestación de servicios* no se configura propiamente como un contrato, sino como una categoría amplia, en la que caben formas nominadas e innominadas. Son modalidades nominadas la "locación de servicios", el "contrato de obra"; el "mandato"; el "depósito" y el "secuestro" (art. 1756). Las modalidades innominadas, señala este Código, son todos los contratos de "doy para que hagas" y "hago para que des", y se regulan por las reglas generales que contempla el primer capítulo. Estas reglas se refieren a la formación del consentimiento entre ausentes (art. 1758); a la oportunidad del pago (art. 1759), al deber del prestador de seguir las instrucciones recibidas (art. 1760 y 1761), a la responsabilidad de los prestadores de servicios profesionales (que se limita al dolo o la culpa inexcusable, art. 1762), y el efecto de la muerte del prestador sobre el contrato (art. 1763). Por el contrato de locación de servicios *"el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución"* (art. 1764); mientras que por el contrato de obra, *"el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución"*. Da la impresión que la "obra" es un *objeto material*, lo que se desprende del contenido de la regulación y del hecho que la "locación de servicios" incluye los servicios inmateriales.

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

(en vigor desde 1985)²⁰², y el brasileño (en vigor desde 2003)²⁰³. En sintonía con esta tendencia, el Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación de Argentina (de 2012) también abandona la concepción unitaria del arrendamiento²⁰⁴.

²⁰² El Código civil paraguayo regula en capítulos separados el contrato de arrendamiento, que denomina “locación” (art. 803 y ss.); el “contrato de servicios” (art. 845 y ss.); el “contrato de obra” (art. 845 y ss.), y el “contrato de edición” (art. 867 y ss.). Del contrato de servicios –que supone una ejecución personal– se excluyen expresamente las relaciones laborales y las derivadas del ejercicio de las profesiones liberales, que se regulan por su legislación especial (art. 845). Por su parte, “*El contrato de obra tiene por finalidad la ejecución de determinado trabajo que una de las partes se obliga a realizar, por sí o bajo su dirección, mediante un precio en dinero. –El que realiza la obra podrá también suministrar materiales para su ejecución*” (art. 852).

²⁰³ El Código civil brasileiro de 1916 recogía la concepción unitaria del arrendamiento, pues trataba bajo el nombre de *locação*, la *locação de coisas*, la *locação de serviços* y la *empreitada*, aunque en secciones separadas. Únicamente definía la *locação de coisas*. Sobre la *locação de serviços*, el art. 1216 establecía: “*Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição*”; mientras que en relación con la *empreitada*, el art. 1237, indicaba que “*O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com ele e os materiais*”. El Código civil en vigor no modifica el contenido sustancial de la regulación, pero trata en forma separada la *Locação de coisas* (art. 565 y ss.); la *Prestação de Serviço* [cuya regulación se aplica a todas aquellas prestaciones de servicios que no estén reguladas por las leyes laborales o por otras leyes especiales (art. 593 y ss.)]; y la *Empreitada* (art. 610 y ss.).

²⁰⁴ En marzo de 2012, el Ejecutivo argentino presentó un Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación, que fue elaborado por una comisión creada a tal efecto (Decreto 191/2011). En este Anteproyecto, se abandona la concepción unitaria del arrendamiento. En efecto, el art. 1187 del Anteproyecto define el *contrato de locación* [(Capítulo 4 del Título IV (*Contratos en particular*) del Libro III (*Derechos personales*))] en estos términos: “*Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero*”. El Capítulo 6 de este mismo Título regula el contrato que denomina de “*obras y servicios*” (art. 1251 y ss.). Se contemplan unas disposiciones comunes a las obras y servicios (Sección 1.^a); y luego unas particulares para las obras (Sección 2.^a) y para los servicios (Sección 3.^a). La diferencia entre estos dos “subtipos” es que “*el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega*”, en cambio, es de servicio “*cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia*” (cfr. art. 1252). El contrato de suministro (que puede ser también de servicios), el contrato de transporte, y el contrato de mandato, se tratan de forma separada. El texto completo de este Anteproyecto –así como otros

[69] La *conclusión* que sugiere esta breve mirada al Derecho comparado es, que el hecho de que algunos ordenamientos de Derecho continental (tanto europeos como latinoamericanos) conserven la concepción unitaria romana del arrendamiento, se debe únicamente a su raigambre histórica. *En todas las codificaciones más modernas, las del siglo XX, la concepción unitaria del arrendamiento no ha sido conservada*²⁰⁵.

2. LA SUPERACIÓN DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL ARRENDAMIENTO POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA

[70] Como se ha expuesto en el capítulo anterior, el Código civil español conserva la concepción romana unitaria del arrendamiento. Por ello, la primera aproximación a las “obras y servicios” es que ellas constituyen una *modalidad* o “subtipo” del contrato de arrendamiento (cfr. arts. 1542 y 1544 CC). Siendo esto así, no es de sorprender que inicialmente la doctrina española haya buscado justificar la naturaleza arrendaticia de las “obras y servicios”. Las palabras de DE DIEGO, en la primera mitad del siglo del XX, ofrecen un ejemplo de ello:

documentos relativos al mismo– está disponible en la página web de la Cámara de Diputados, creada al efecto [<http://www.reformacodigocivil.com>]. Para una brevísima presentación de este Anteproyecto véase PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J., “El nuevo (proyecto de) código civil y comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos”, *REFDUG* (31/08/2012).

²⁰⁵ Es oportuno apuntar aquí que, en sintonía con la generalidad de los ordenamientos europeos, en el DCFR se ha configurado la regulación de los contratos de servicio –*service contracts*– como una categoría autónoma, separada del contrato de arrendamiento (*Lease of goods*). Sobre la regulación de los *service contracts* del DCFR trato con detalle en el capítulo 5 de la tesis.

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

“[E]n el arrendamiento de obras y servicios, el trabajo se considera como un capital productivo de renta susceptible de ser negociado, porque su uso o goce puede ser transmitido de modo que aproveche el mismo o sus resultados a un tercero. Es la industria o trabajo humano lo que se transmite en goce a un tercero, y, por consecuencia, las funciones de las partes son: el dueño de la industria o trabajo es el arrendador, que permite su disfrute a otro, y éste, que paga el precio por ese uso o goce, es el arrendatario. El arquitecto que me construye una casa o el que me transporta los muebles a Barcelona, ¿qué hacen sino procurarme el goce de sus obras o servicios?”²⁰⁶.

[71] Ahora bien, las bases sociales y jurídicas que explicaron la aproximación romana a la figura de la contratación de servicios, hoy no son las mismas. De hecho, tampoco lo eran en la época en que el Código civil vio la luz²⁰⁷. Por ello, y en sintonía con la tendencia observable en los códigos más modernos en Derecho comparado (de abandono o de superación de la concepción unitaria del arrendamiento) la mayoría de la doctrina española estima que la concepción unitaria del arrendamiento es anacrónica, que carece de justificación, y que es

²⁰⁶ DE DIEGO Y GUTIÉRREZ, F. C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso De Cossio y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959, t. 2, p. 313 (la primera edición es de 1930).

²⁰⁷ En relación con las bases sociales, la desaparición de la esclavitud y otras formas de trabajo forzado, y la aceptación social de los principios fundamentales de libertad e igualdad, se oponen tanto a la visión del hombre como “objeto” de Derecho, como a una consideración negativa de la percepción de una remuneración a cambio de servicios intelectuales o calificados. Las bases jurídicas también tornan forzada esa aproximación unitaria del arrendamiento del Código civil, pues los contornos de la *locatio conductio* se van desperfilando, por ejemplo, al admitirse que el mandato y el depósito puedan ser contratos remunerados sin desnaturalizarse por ello.

impropio hablar de arrendamiento tratándose de *obras y servicios* ²⁰⁸. Consecuentemente, tampoco sería correcta la denominación de “arrendador” y “arrendatario” ²⁰⁹, poniéndose de relieve que el mismo Código civil prefiere emplear otras expresiones para referirse a las partes contratantes, específicas para cada tipo de relación ²¹⁰.

Así, la prestación de “obras o servicios” se configura, doctrinalmente, como una prestación claramente diferenciada de la cesión remunerada del uso y goce de una cosa (arrendamiento de cosas), sin que exista

²⁰⁸ En este sentido, entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil*, t. 4, p. 505; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial IV*, Civitas, Madrid, 2010, p. 375; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et. al.*, *Elementos de derecho civil. II. Derecho de obligaciones v. 2 (Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos)*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dikynson, Madrid, 2009, p. 175; MANRESA Y NAVARRO [Comentarios, t. 10, v. 2. pp. 677, en el comentario de los arts. 1581 y 1582 CC]; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 2, v. 2 (*Contratos en particular*), 2.ª ed., Bosch, Barcelona, p. 439.

²⁰⁹ Art. 1546 CC: “Se llama arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio; y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar”. Se ha entendido que esta norma se incorporó en el Código civil con el objeto de “evitar las confusiones en el uso indistinto de la palabra arrendador y arrendatario para denominar a las partes del contrato” [MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, t. 10, v. 2, p. 485 (en el comentario del art. 1546 CC)], confusiones que, como ya se ha mencionado, eran frecuentes hasta el siglo XIX (véase *supra* [31]).

²¹⁰ Cfr. VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicio*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 69-73. En efecto, el Código Civil no utiliza la voz “arrendamiento” en la rúbrica de las Secciones del Título VI del Libro IV que tratan los arrendamientos “de obra y servicios”, ni los términos “arrendador” y “arrendatario” para calificar a las partes, sino otros particulares: en la Sección primera, a quien trabaja se le denomina “*criado doméstico*”, “*sirviente doméstico*”, “*sirviente*”, y también “*criados de labranza*” “*menstrales*”, “*artesanos*”, “*trabajadores asalariados*”; y “*amo*” a quien paga; en la Sección segunda, en cambio, se prefiere utilizar giros como “*el que la ejecute*” o “*el que se obliga a realizarla*”, aunque también se emplean los de “*contratista*”, “*arquitecto*” y “*constructor*”, y para designar a la otra parte se utilizan los términos “*dueño*”, “*propietario*” o “*el que contrató la obra*”; y en la tercera sección, únicamente se emplea el término “*conductor*”.

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

entre ellas ninguna razón de identidad²¹¹. Se sostiene que es imposible el tratamiento unitario de dichas prestaciones, y que, de hecho, el mismo Código civil trata estos dos supuestos –la cesión remunerada del uso de una cosa, y la prestación remunerada de “obras y servicios”– en forma separada, y que las normas de uno y otro son “diferentes e intransferibles”²¹². En algunos textos doctrinales modernos estas relaciones contractuales “de obras y servicios” ya no se tratan a propósito del arrendamiento²¹³.

[72] *En síntesis, puede afirmarse que, en contra del texto del Código civil, la doctrina española actual ha “escindido” el arrendamiento, emancipando de él a la contratación de obras y servicios, confiriéndoles autonomía. Sin embargo, tal autonomía es en principio y sobre todo formal: atañe más a la nomenclatura que al contenido normativo, ya*

²¹¹ En este sentido, SOLÉ RESINA, quien sostiene que, a lo sumo, podría entenderse que existe, en ambos casos, la percepción de una utilidad, pero esto no deja de ser un elemento común a cualquier contrato que no sea gratuito (*Arrendamiento de obras o servicios*, p. 90).

²¹² LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, t. 2. v. 2, p. 114.

²¹³ Esta es la forma en que aborda esta materia, por ejemplo, L. DíEZ-PICAZO, en sus *Fundamentos IV* [en los Capítulos VII y ss (p. 257 y ss.) trata el arrendamiento de cosas, y en capítulos separados los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios, como el contrato de obra (Cap. XIV, p. 375 y ss.), el de transporte (Cap. XV, p. 407 y ss.), el contrato de edición (Cap. XVI, p. 429 y ss., o el contrato de servicios (Cap. XVIII, p. 459 y ss.), entre otros]. Es también la forma en que se aborda esta materia en el *Tratado de Contratos*, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, t. 3 [los contratos que tiene por objeto la prestación de “obras y servicios” se tratan separados del contrato arrendamiento, bajo la denominación de “contratos de prestación de servicio y realización de obras”; en donde también se incluye el depósito y el mandato (p. 2873 y ss.)]; y también se trata así en el *Curso de Derecho Civil* de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), 2.ª ed., Colex, 2008, Madrid (*II Derecho de Obligaciones*) [se trata, por separado, el contrato de arrendamiento (en el capítulo 18, p. 589 y ss.) de los contratos de obras y de servicios, en el capítulo 19 (p. 657 y ss.), distinguiendo, al interior de este capítulo, el contrato de obra (p. 659 y ss.), el de servicios (p. 676) y el de transporte y de viaje combinado (p. 678 y ss.)].

que las normas de referencia siguen siendo las del arrendamiento “de obras y servicios” (art. 1583 y ss. CC).

III. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO QUE DISTINGUE EL CONTRATO “DE SERVICIOS” Y EL “DE OBRA”

[73] La superación del modelo legal del Código civil *no atañe únicamente a la nomenclatura utilizada* –en el sentido de evitar la denominación “arrendamiento” para designar a los contratos que tienen por objeto la prestación de “obras y servicio”– sino que también existe una *cierta superación de la estructura o del esquema de regulación* que contempla el Código civil. De ello doy cuenta en este apartado.

1. LOS MOTIVOS DE LA SUPERACIÓN DEL ESQUEMA DE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO “DE OBRAS Y SERVICIOS”

[74] Como se ha señalado antes, bajo el nombre genérico de “obras y servicios” (“arrendamiento de”) el Código civil español regula tres relaciones contractuales diferentes y relativamente delimitadas (en las tres secciones que conforman el Capítulo III del Título VI del Libro IV). Estas tres relaciones contractuales son: el “*servicio de criados y trabajadores asalariados*”, la contratación de “*obras por ajuste o precio alzado*” y “*los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas*”. Conviene recordar que el Código civil no contempla ninguna disposición común que pueda ser aplicable a dichas tres

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

relaciones contractuales (o que pudiera ser aplicable a otras posibles prestaciones que no puedan enmarcarse dentro de en alguna de esas tres)²¹⁴.

[75] Tanto los autores como la jurisprudencia muy pronto sostuvieron que esta regulación del Código civil era insuficiente y que, además, no podía entenderse que ella agotaba todas las posibles formas de arrendamiento de “obras y servicios”²¹⁵.

Dichas críticas resultaron particularmente acusadas, una vez que el *Derecho Laboral* se perfila como rama autónoma dentro del Ordenamiento jurídico, pues el contrato de trabajo atrajo naturalmente hacía sí la regulación contenida en la Sección Primera del Capítulo III (relativa al *servicio de criados y trabajadores asalariados*). El Derecho laboral, en consecuencia, priva de contenido a esa Sección Primera, hasta el punto que hoy suele considerarse derogada tácitamente²¹⁶. En este punto, vale la pena reproducir las palabras de TORRES LANA:

²¹⁴ Véase *supra* [58].

²¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, por ejemplo, califica las normas del arrendamiento de servicios como “pobres y deficientes”, y que “quedan fuera de previsión toda la rica gama de servicios de los empleados o dependientes, artistas y cuantos desempeñan profesiones o artes liberales, ya que los términos amplísimos del art. 1544 abarcan los servicios de cualquier clase y jerarquía” (*Derecho Civil*, t. 4, p. 474).

²¹⁶ En este sentido, por ejemplo, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., “Comentario del art. 1583” en BERCOVITZ, R. (coord.) *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1833; GONZÁLEZ POVEDA, P., “Comentario del art. 1583”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., (coord.) *Comentario del Código civil*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, t. 8, p. 139; SASTRE IBARRECHE, R., “Comentario del art. 1583” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.) *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, 2010, pp. 1726-1727; y TORRES LANA, J. Á., “Comentario del art. 1583” en PAZ-ARES *et. al.* (dirs.) *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. pp. 1170-1171.

“[Esta regulación es] buena muestra de normativa arcaica, absolutamente desfasada de la realidad actual, a la par que expresiva de los postulados ideológicos que inspiraron el CC. Es posible poner en tela de juicio la vigencia de la sección entera [...] [d]esde luego, no cabe duda que sus normas han sido superadas en todos los aspectos: políticos, jurídicos y sociales. Sin embargo, los artículos que la integran siguen ahí: no han sido objeto de derogación expresa”²¹⁷.

A ello, hay que agregar la cada vez más creciente necesidad de proveer de un marco legal a los *servicios intelectuales cualificados* (el ejercicio de las profesiones liberales), servicios que quedaban naturalmente excluidos de la regulación de la Sección Primera del Capítulo III (porque esta Sección se refiere, como su propio nombre lo indica, al *servicio de criados y trabajadores asalariados*). En consecuencia, se desbordan los límites legales de la regulación del arrendamiento “de obras y servicios”, con la finalidad de dar cabida en ella a los servicios prestados por los profesionales liberales²¹⁸. Ello da paso a una situación

Para una visión general sobre el ámbito de aplicación del Derecho del trabajo, y los problemas de delimitación conceptual del “contrato de trabajo”, véase, de MARTÍN VALVERDE, A.: “Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMT*, n. 38, 2002, pp. 21-50 (interesa particularmente, pp. 39-40); y “Fronteras y «zonas grises» del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, *RMT*, n. 83, 2009, pp. 15-40 (interesa particularmente, p. 23 y ss.).

²¹⁷ TORRES LANA (1993) p. 1170.

²¹⁸ Si bien, en un comienzo, estas prestaciones de los profesionales liberales se calificaron como “mandato”, continuando así con la tradición romanista, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden hoy que, por regla general, su naturaleza es la de un arrendamiento de servicios o de obra (*cfr.* por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil* t. 4, p. 476 y ss.). Ello, entiéndase sin perjuicio que, en ciertos supuestos, en el marco de una determinada relación profesional puede existir verdaderamente un mandato, como ocurre con la prestación de los servicios de los

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

que puede ser calificada de “paradójica”. Las palabras de ORTEGA DÍAZ ilustran este punto:

“El contrato de servicios que, *a priori*, fue concebido para regular el trabajo dependiente, al pasar éste a ser regulado por la nueva disciplina del Derecho Laboral, queda destinado, no exclusiva pero sí mayoritariamente, a la regulación de prestaciones de carácter intelectual; unas prestaciones en las que los codificadores, tanto francés como español, no pensaban” ²¹⁹.

[76] Por otro lado, en este proceso de redefinición doctrinal del esquema legal del Código civil en materia de arrendamiento de obras y servicios, el arrendamiento *de transporte* (al que se refiere la Sección tercera del Capítulo III del Título VI del Libro IV del CC) *pronto queda excluido*. Ello se explica por el carácter supletorio (*cfr.* arts. 1603 y 1601.II CC) de la –además, mínima– regulación que contempla el Código civil (apenas tres artículos).

abogados. Por otro lado, el hecho de que la calificación del contrato como “de servicios”, no ofrezca ninguna regulación sustantiva, ha llevado a sostener que, al menos en ciertos aspectos, puede recurrirse por analogía a la regulación del mandato, por ejemplo, en relación con la posibilidad de revocación y de desistimiento [sobre este punto, véase RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, *ADC*, 2001, particularmente, p. 687 y ss.].

²¹⁹ ORTEGA DÍAZ, J. F., “Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general”, *RCDI*, n. 705, 2008, p. 227. Y en el mismo sentido, TORRES LANA: “[s]e produce una curiosa inversión: quedan fuera las relaciones laborales y hasta las de servicio doméstico y se aplica –acaso por analogía– en cuanto al carácter temporal a los oficios y profesiones liberales” [(1993) p. 1171].

Lógicamente, los servicios profesionales puedan prestarse en el marco de una relación laboral, y en este sentido, aparece claramente el carácter residual del “contrato de servicios” (o “de obra, si es el caso), pues éste considera “sólo aquellas prestaciones que no pueden ser calificadas como laborales” [SASTRE IBARRECHE (2010) p. 1727; y en el mismo sentido, ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. 2, pp. 732-733].

En este sentido, hay que tener presente que esta regulación del Código civil en materia de arrendamiento “de transporte” fue desde su entrada en vigor *supletoria respecto de la regulación del contrato mercantil de transporte terrestre del Código de Comercio* (Título VII del Libro II, art. 349 y ss.). Ello fue así hasta la derogación de estas normas del Código de Comercio, en el año 2009, derogación que hizo la *Ley 15/2009, de 11 de febrero, sobre contrato de transporte terrestre de mercancías* (BOE n. 273, de 12/11/2009). Antes de dicha derogación, la aplicación de las mentadas reglas del Código de Comercio determinaba que la inmensa mayoría de los contratos de transporte se reputasen como mercantiles²²⁰. Y ello explica el escaso interés de la doctrina civil por integrar el “transporte” al esquema doctrinal y jurisprudencial de los contratos civiles “de obra y servicios”²²¹.

[77] En consideración a todo lo dicho hasta aquí, las “obras y servicios” a las que hace referencia el art. 1544 CC se reconducen a *dos* “tipos”. Uno, el así llamado contrato *de obra*, por referencia a la regulación de la Sección Segunda del Capítulo III del Título VI del Libro IV (del arrendamiento *de las obras por ajuste o precio alzado*). El otro, el así llamado contrato *de servicios o de prestación de servicios*, por

²²⁰ El criterio delimitador entre el transporte civil y el mercantil venía dado en el art. 349 C.Com, que establecía que el contrato de transporte se reputaba mercantil: *i)* cuando tuviera por objeto mercaderías o cualesquiera efectos de comercio; *ii)* cuando, siendo cualquiera su objeto, fuera comerciante el porteador, o se dedicase habitualmente a verificar transportes para el público.

²²¹ Así, por ejemplo, ALBADALEJO GARCÍA, quien, cuando se refiere al contrato de transporte, destaca el carácter supletorio de la regulación civil *en relación con el contrato mercantil* de transporte del Código de Comercio; y también destaca su carácter supletorio “en relación con lo que prevean disposiciones administrativas sobre sanidad, seguridad, etc.” (*Derecho Civil*, t. 2, p. 745).

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

referencia a la regulación que contempla la Sección Primera de Capítulo III del Título VI del Libro IV (del arrendamiento *del servicio de criados y trabajadores asalariados*), aunque admitiendo inmediatamente, *que dicha regulación está derogada* (al menos en su mayor parte) ²²².

[78] Como se puede apreciar, el primer interés que reviste la calificación de un contrato dado como “de obra” o como de “servicio”, en este esquema, es *la posibilidad de aplicar un determinado régimen jurídico*. Así, la calificación de una relación contractual como “contrato de servicios” implica que no tiene regulación de referencia (es un contrato atípico, que cabe calificar de “arrendamiento” en virtud de la definición amplia de arrendamiento de los arts. 1542 y 1544 CC, pero que carece de regulación), mientras que la calificación como “contrato de obra” implica la posibilidad de aplicar el régimen jurídico contenido en los arts. 1588-1600 CC, como régimen general ²²³.

²²² La STS (Sala 1.ª) de 25 de Marzo de 1998 recoge con claridad lo expuesto: “[e]l contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código civil [...] como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está postrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente [...] el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales [...] [s]iendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado artículo 1544 del Código civil, las de prestar el servicio por una de las partes [...] y pagar el precio o remuneración por la otra” [(Roj 1977/1998) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O’Callaghan Muñoz (FD 1.º)]. Esta afirmación se reproduce en otras sentencias posteriores, por ejemplo, en la STS (Sala 1.ª) de 8 de Junio de 2000 (Roj 4687/2000) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O’Callaghan Muñoz (FD 1.º); STS (Sala 1.ª) de 23 de Mayo de 2001 (Roj 4287/2001) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Cacerrada Gómez (FD 3.º); y en la STS (Sala 1.ª) de 30 de Diciembre de 2002 (Roj 8891/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Cacerrada Gómez (FD 3.º).

²²³ Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. 2, p. 727-728; ORTEGA DÍAZ (2008) p. 229. Esto no quiere decir que esta normativa del Código civil sea la única normativa de

2. EL MODELO DUAL Y EL CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO “DE SERVICIOS” Y EL CONTRATO “DE OBRA”

[79] Teniendo los referidos contratos *de servicios* y *de obra* una base común (una prestación característica de hacer remunerada, no encuadrable en otro tipo contractual), de inmediato se plantea la pregunta por el criterio que permite diferenciarlos.

a) La asimilación de los contratos *de servicios* y *de obra*, a las figuras romanas de la *locatio conductio operarum* y *operis*

[80] Lo primero que hay que tener presente, a la hora de explicar la diferencia que existe entre el contrato “de servicios” y el contrato “de obra”, es que es posible hallar una suerte de identificación de estos dos contratos con las figuras romanas de la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*. Como se dijo en su momento, esto es lo que, al menos en parte, justifica el estudio que de la *locatio conductio* se ha realizado en el primer capítulo de la tesis.

- i. En la doctrina, MANRESA Y NAVARRO, por ejemplo, expresa que “[d]entro de este concepto legal tiene cabida tanto la *locatio*

referencia. Así, en el caso que la obra sea una edificación, este régimen del Código civil (arts. 1588-1600) tiene que ser complementado por el régimen especial que contempla la LOE, y pueden ser de aplicación, además, ciertas reglas de responsabilidad sobre productos defectuosos que se contienen en el *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (BOE n. 287 de 30/11/2007; en adelante, TRLGDCU); cfr. GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación”, *RADP*, n. 23, 2009, especialmente, pp. 258-259].

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

operarum como la *locatio operis* del Derecho romano [...] [s]in duda el Código pensó en esta tradicional distinción pues a ella aluden claramente sus dos términos de ejecutar una obra o prestar un servicio” ²²⁴.

En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS entiende que “[l]as especies clásicas de este arrendamiento son el de servicios propiamente dichos (*locatio operarum* de los romanos) y el de obra (*locatio operis*)” ²²⁵.

ii. Esta asimilación entre estos dos contratos “de servicio” y “de obra” con las figuras romanas de la *locatio conductio operarum* y *operis*, respectivamente, también ha sido recogida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS de 6 de Mayo de 2004 señala:

“La diferencia de esta locación (arrendamiento de obra) y el arrendamiento de servicios radica, según el art. 1544 del Código civil, en que en el primero, arrendamiento de obra, una de las partes se obliga a ejecutar una obra y en el de servicios a prestar un servicio. Se trata de la conocida distinción procedente del Derecho Romano entre la locatio operis y la locatio operarum y cuya diferencia radica en que en el primero se compromete el resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, mientras que en el último

²²⁴ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, t. 10, v. 2, p. 679 (en el comentario de los arts. 1581 y 1582 CC; cursivas añadidas).

²²⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil*, t. 4, p. 471.

es la prestación del trabajo en sí misma y no el resultado que produce [...]" ²²⁶.

Sin embargo, la identificación de los contratos de servicios y de obra con las figuras romanas de la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*, respectivamente, descansa sobre bases muy poco sólidas, y además, lo que es clave, no es útil para resolver la mayoría de los problemas de calificación que actualmente generan las prestaciones de los profesionales ²²⁷. Tal identificación entre los contratos de

²²⁶ STS (Sala 1.^a) de 6 de Mayo de 2004 (Roj 3055/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. J. M. Martínez-Pereda Rodríguez (FD 3.^o); destacado añadido. En el mismo sentido, por ejemplo, la STS (Sala 1.^a) de 12 de Julio de 2002: "[u]n contrato que se ha consensuado para la soldadura de unas piezas, por muchas vueltas que le pretenda dar la recurrente, constituirá un arrendamiento de obra, «locatio operis» de los romanos y no arrendamiento de servicios o «locatio operarum». Lo único encomendado por el arrendador al locatario es que tales piezas queden soldadas, se pretende la obtención de un resultado" [(Roj 5227/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. J. M. Martínez-Pereda Rodríguez (FD 3.^o)].

En las sentencias de las Audiencias Provinciales también es posible encontrar esta suerte de "identificación" contractual con las figuras romanas. A modo de ejemplo, considérense las siguientes afirmaciones: "[n]os encontramos en el caso con un contrato verbal de arrendamiento de servicios, que no de obra, en el que Amador se comprometió a la realización de un trabajo concreto (*locatio operarum*) y no a la consecución de un resultado (*locatio operis*, propio del arrendamiento de obra)" [SAP de Palencia (Sección 1) de 14 diciembre de 2009 (640/2009) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. M. Donis Carracedo (FD 3.^o)]; o "[e]l contrato suscrito entre ambas partes es un contrato de prestación de servicios de promoción [...] Este tipo de contratos, conocidos como arrendamiento de servicios o «locatio operarum», suponen que una persona se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, a desplegar sus actividades con la debida diligencia, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma - «locatio operis»" [SAP de Barcelona (Sección 14) de 16 de Junio de 2011 (5581/2011) Ponente: Ilmo. Sr. D. A. Lucas Esteve (FD 2.^o)].

²²⁷ La identificación a la que aludo parte de una serie de asunciones –más o menos justificadas– sobre la forma en que se entiende la *locatio conductio* por parte de la doctrina romanista. Efectivamente, tal identificación supone admitir la posibilidad de distinguir, al interior de la *locatio conductio*, estas dos especies –la *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis*– y, además, supone asumir un determinado criterio de distinción entre ambas especies de *locatio conductio*. Como ya se ha tenido oportunidad de mostrar, del estudio sobre este punto –del que se da cuenta en el

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

servicios y de obra, con las mentadas figuras romanas resulta más bien *consecuencia* de la adopción de un determinado criterio de distinción entre los contratos “de servicios” y “de obra”, que del hecho de que pueda predicarse una verdadera identidad entre esos tipos contractuales y las figuras romanas. La pregunta es, ¿cuál es ese criterio de distinción, al que acaba de aludirse?

b) El criterio de distinción sobre la base del análisis de la prestación característica

[81] Contestando la pregunta que acaba de plantearse, puede decirse que *el modelo dual –contrato de servicios/contrato de obra–* exige el análisis del contenido de la obligación característica del contrato, a fin de establecer si, lo que debe el deudor, es un *opus* (entendido como un *resultado* de la actividad que realiza el deudor) o, si lo que debe, es únicamente *la actividad diligente*, sin garantizar su resultado²²⁸. En el primer caso, esto es, cuando el deudor debe un *opus*, el contrato se califica como contrato *de obra*; en el segundo, esto es,

primer capítulo de esta tesis– resulta que tales asunciones son muy discutibles. Por otro lado, con independencia de lo anterior, tal identificación entre los contratos *de servicios* y *de obra* con las figuras romanas *locatio conductio operarum* y *operis* no considera el diferente contexto cultural del Derecho romano y del Derecho actual. Ese contexto cultural determina, como también ha habido ocasión de mostrar, que en Roma las profesiones liberales se prestan gratuitamente, quedando excluidas del ámbito de la *locatio conductio*.

²²⁸ En este sentido, por ejemplo, ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. 2, pp. 727-728; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil*, t. 4, p. 471; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, t. 2. v. 2., p. 175; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. 2, p. 430 (aunque este último autor no excluye la utilidad de otros criterios).

cuando el deudor sólo debe la actividad diligente, el contrato se califica como contrato *de servicios*.

No obstante, cabe tener presente que se han propuesto *otros criterios* para distinguir los contratos *de servicios* y *de obra*, criterios que tienen su correspondencia con los propuestos por la doctrina romanista para distinguir la *locatio conductio operarum* de la *locatio conductio operis*, y que encuentran algún fundamento en la propia regulación del Código civil. Una exposición de esos criterios puede encontrarse en casi todos los textos generales y comentarios del Código civil y, con más detalle, en varias monografías más o menos recientes. Por lo mismo, basta con recordarlos: *i)* la existencia, o no, de una subordinación técnica o cualificación profesional de quien presta el servicio; *ii)* la subordinación o dependencia jurídica; *iii)* la forma de fijar la remuneración; *iv)* el tiempo de la ejecución del contrato (tracto único o tracto sucesivo); *v)* el diferente grado de individualización de la prestación; *vi)* la distinta distribución de los riesgos ²²⁹.

Ahora bien, la superación de la regulación legal del Código civil –principalmente, la derogación tácita que, se entiende, afecta a la

²²⁹ Para una exposición y análisis de estos criterios, véase, por ejemplo, ALONSO PÉREZ, M.^a T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 103-112; SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras, delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, [quien dedica el primer capítulo de su libro a estos criterios (pp. 11-33)]; SERRA RODRÍGUEZ, A., *La relación de servicios del abogado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 84 y ss. (aunque en un estudio orientado a determinar la calificación de la relación contractual del abogado); TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicios*, p. 173 y ss., (quien dedica una parte considerable a la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de obra); VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios*, p. 333 y ss; y, recientemente, dedica un apartado a estos criterios YANGUAS GÓMEZ, R., *Contratos de conexión a Internet, "Hosting" y Búsqueda*, Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 44-62.

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

Sección referida al arrendamiento de *los servicios de criados y trabajadores asalariados*– conlleva, en la actualidad, el natural rechazo de esos criterios ²³⁰.

La STS (Sala 1.^a) de 6 de mayo de 2004, por poner un ejemplo, describe claramente ese criterio utilizado, el de determinar si el deudor debe un resultado o una actividad diligente:

“Como ha recogido la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en el arrendamiento de obra la prestación del arrendador va dirigida a un resultado [...] cuyo objeto, no es tanto la actividad como el resultado, al paso que en el arrendamiento de servicios supone una actividad independiente del resultado” ²³¹.

[82] Un aspecto que es muy importante destacar, es que el *resultado* del contrato *de obra no necesariamente se limita a un resultado material*. Aunque la regulación de referencia del llamado *contrato de obra* (art. 1588 y ss. CC) gire sobre la base de la construcción de (o trabajo sobre) un objeto material, se entiende que este “tipo” contractual incluye “todo resultado, material o intelectual, de

²³⁰ Sin perjuicio de este rechazo, algunos autores entienden que estos criterios, considerados en su conjunto, pueden ser de utilidad para la distinción [así, por ejemplo, SALVADOR CODERCH (1993) p. 1181; y TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicios*, p. 183].

²³¹ STS (Sala 1.^a) de 6 de mayo de 2004 (Roj 3055/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. J.M. Martínez-Pereda Rodríguez (FD 2.^o).

una actividad humana, que, idealmente proyectada, debe después encontrar una clara concreción”²³².

[83] También es interesante apuntar que esta construcción doctrinal y jurisprudencial –que distingue los contratos *de obra* y *de servicios*, en función de si el deudor debe un resultado o sólo su actividad diligente– coincide, en forma importante, con la regulación que contempla el BGB para los servicios remunerados²³³. Como ya se apuntó –*supra* nota 182– el BGB reconoce, por un lado, el *Dienstvertrag* (§ 611 y ss. BGB) y por otro, el *Werkvertrag* (§ 631 y ss. BGB). La diferencia entre el *Dienstvertrag* y el *Werkvertrag* reside en que, en el primero, el empleado o el prestador del servicio *únicamente* promete realizar el acto al que el contrato lo obliga según la *lege artis*, sin que exista una obligación de alcanzar un resultado específico, mientras que en el segundo –el *Werkvertrag*– el prestador del servicio debe, precisamente, alcanzar un resultado específico²³⁴.

²³² L. Díez-PICAZO, *Fundamentos IV*, p. 377. SALVADOR CODERCH, en cambio, entiende que “el contrato de obra tiene como objeto central la obtención de un resultado material” [(1993) p. 1181].

²³³ En este sentido, un reciente estudio comparativo entre el Derecho alemán y el Derecho español demuestra que “[e]n términos generales, los criterios de delimitación, elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, son los mismos en uno y otro sistema jurídico” [SCHULZE, R./ALBIEZ, K. J., “Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España”, *ADC*, 2012, p. 547]. El estudio referido es el de JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán), *ADC*, 2012, pp. 551-584.

²³⁴ *Cfr.* MARKESINIS, B./UNBERTAH, H./JOHNSTON, A., *The german law of contract. A comparative treatise*, 2.^a ed., Hart Publishing, 2006, p. 153.

El § 611.I BGB (*Deberes contractuales típicos en el contrato de servicios*) dispone: “(1) Por el contrato de servicios el que promete los servicios se obliga a la prestación de los servicios prometidos y la otra parte al pago de la remuneración pactada. / (2) Toda clase

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

c) El recurso explícito a la clasificación que distingue las obligaciones de medios y de resultado, para diferenciar a los contratos *de servicios y de obra*

[84] La calificación de un contrato determinado como *de servicios* o como *de obra* supone analizar cuál es el contenido de la prestación característica, a fin de determinar si el deudor debe, o no, un resultado. Se comprende, entonces, que el modelo dual de contrato *de obra* y contrato *de servicios* se explique por parte de los autores recurriendo *explícitamente* a la clasificación doctrinal de las obligaciones que distingue entre *obligaciones de medios* y *obligaciones de resultado* (sobre el origen y la posterior recepción de esta clasificación, *infra* [96] y ss.). L. DíEZ-PICAZO, por ejemplo, explica que el proceso de calificación del contrato supone la *previa* calificación de la obligación del deudor: si la obligación es *de medios*, el contrato se califica *de servicios*; si, en

de servicios pueden ser objeto del contrato de servicios" [trad. SAÍZ GARCÍA, C.; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*]. Como el servicio que el deudor se obliga a proveer puede ser de cualquier naturaleza ("*toda clase de servicios*"), se entiende que el ámbito de aplicación de la regulación del § 611 y ss. BGB cubre tanto los "contratos de servicios" como los contratos de trabajo (relación laboral) [cfr. MARKESINIS *et al.*, *The german law*, p. 153]. Sin embargo, la especificidad del Derecho laboral determina una distinción entre ser "empleado" (*Arbeitnehmer*) o ser independiente o "*freelancer*" (*Freier Mitarbeiter*), diferencia que dependerá de varios factores, tales como el deber de seguir instrucciones, cumplir horarios, trabajar en un lugar determinado o el grado de incorporación a la empresa (cfr. KIRCHNER, J./MITTELHAMM, E., "Chapter 4: Employee or Freelance Worker", en KIRCHNER, J./KREMP, E./MAGOTSCH, M. (eds.) *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer, Heidelberg, 2010, pp. 37-43).

Por su parte, el § 631 BGB (*Deberes contractuales típicos en el contrato de obra*): "(1) *Por el contrato de obra el contratista se obliga a la producción de la obra prometida y el comitente se obliga al pago de la remuneración pactada.* / (2) *Pueden ser objeto del contrato de obra tanto la producción o modificación de una cosa como otro resultado a obtener mediante el trabajo o una prestación de servicios*" [trad. SAÍZ GARCÍA; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*].

cambio, la obligación es una *de resultado*, el contrato es calificado *de obra*²³⁵. Y en el mismo sentido, SALVADOR CODERCH sostiene que “[e]n la esencia del contrato de obra está la asunción de responsabilidad por la obtención de un resultado. El contratista contrae una obligación de hacer que no es de mera actividad, sino de resultado”²³⁶.

[85] En la *jurisprudencia*, también se suele recurrir explícitamente a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado para diferenciar los contratos *de servicios* y *de obra*, como nos ilustra el siguiente ejemplo de la STS de 23 mayo 2001:

“[E]n el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que, se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o «locatio operarum» en mejor modo [...] «contrato de servicios» [...] en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su «lex artis», sin que por lo tanto

²³⁵ Cfr. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos IV*, p. 378.

²³⁶ SALVADOR CODERCH (1993) p. 1176.

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

garantice o se comprometa al resultado de la misma, –«locatio operis»– el éxito de la pretensión” (destacado añadido) ²³⁷.

[86] En la práctica jurisprudencial, el recurso a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado para calificar un contrato dado como *de servicios* o como *de obra*, determina una *diferente distribución de la carga de la prueba de la diligencia o negligencia del deudor* ²³⁸. Sin embargo, es conveniente dejar en claro que ese recurso a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado no alcanza a poner en tela de juicio la idea de que, en todo caso, la responsabilidad

²³⁷ STS (Sala 1.ª) de 23 mayo de 2001 (Roj 4287/2001) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Calcerrada Gómez (FD 3.º). El Tribunal Supremo continúa caracterizando estos dos contratos *–de servicios y de obra–* mediante el recurso explícito a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado; como muestra, por ejemplo: la STS (Sala 1.ª) de 14 de Julio de 2005 (Roj 4809/2005) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller (FD 3.º); y en forma más reciente, la STS (Sala 1.ª) de 27 de mayo de 2010 (Roj 2891/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Xiol Ríos (FD 3.º letra c). También en las sentencias de las Audiencias Provinciales los contratos “de servicios” y “de obra” son caracterizados mediante esta referencia explícita a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. La SAP Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5) de 26 de octubre de 2011, lo expone con claridad: “[l]a relación contractual concertada entre las partes no es sino la de un arrendamiento de servicios (arts. 1542 y 1544 CC), naturaleza jurídica que conviene en general a la prestación de servicios de asesoramiento fiscal, tributario y contable como era la prestada por el demandado [...] [l]a relación entre las personas que ejercen profesiones liberales y clientes, extensible a las personas y empresas de asesoramiento jurídico, ha sido definida como de arrendamiento de servicios por una ya veterana jurisprudencia. El criterio distintivo entre el arrendamiento de obra y el de servicio estriba en que sea objeto del contrato el resultado del servicio o sólo la actividad en que ésta consiste; en el caso de los servicios típicos de profesiones liberales, por su complejidad, y por no depender generalmente el resultado de la voluntad y pericial del profesional, sino de otros factores, la calificación correcta es la de arrendamientos de servicios, con la excepción de que se comprometa expresamente un determinado resultado como la entrega de un dictamen, etc. En general pues, la prestación de servicios de carácter profesional es una prestación de medios y no de resultado” [(2314/2011) Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Del Pino Domínguez Cabrera (FD 4.º)]

²³⁸ Cfr. DE BARRÓN, P., “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”, *Indret* 3/2008, pp. 17-19.

civil contractual tiene como fundamento la culpa (la conducta negligente) del deudor.

Así, en el caso de un contrato que se haya calificado *de servicios* (porque se estima que la obligación del deudor es *de medios*) la carga de la prueba de la negligencia del prestador del servicio pesa sobre el demandante (el cliente)²³⁹. En materia de servicios profesionales, ello supone que el cliente deberá acreditar que el prestador del servicio ha vulnerado la “*lex artis ad hoc*”²⁴⁰.

²³⁹ Aun cuando la dificultad que reviste para el demandante el tener que probar la negligencia del demandado ha justificado la aplicación de algunas doctrinas que tienen por efecto una inversión en la carga probatoria, el Tribunal Supremo ha sostenido que tal posibilidad no cabe tratándose de contratos “de servicio”. Así lo expresa, por ejemplo, la STS (Sala 1.ª) de 22 de abril de 2013, a propósito de la responsabilidad del abogado: “*La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual*” [(Roj 3013/2013) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Xiol Ríos (FD 7.º)].

Y, en el mismo sentido, pero en materia de responsabilidad contractual médica, lo hace la STS (Sala 1.ª) de 3 de Marzo de 2010, en cuanto afirma que: “*en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico [...] debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo*” [(Roj 976/2010) Ponente: Excmo. Sr. J. A. Seijas Quintana (FD 2.º)].

²⁴⁰ Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha sostenido que en materia de responsabilidad médica, y tratándose de los actos médicos propiamente dichos, es inherente “*la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc*” [STS (Sala 1.ª) de 3 de Marzo de 2010 (Roj 976/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Seijas Quintana (FD 2.º)]. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado, en materia de responsabilidad del abogado, que la responsabilidad civil profesional del abogado “*exige, en primer término, el*

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

En cambio, si se está frente a un contrato que se ha calificado como contrato *de obra* (porque se estima que la obligación asumida por el deudor es *de resultado*), al demandante no se le exige probar la negligencia del deudor, si bien es igualmente necesario que la negligencia del prestador del servicio quede acreditada en el juicio. Lo que ocurre es que se entiende que el incumplimiento de la obligación de resultado implica una *presunción de culpabilidad*, y por tanto, corresponde al deudor acreditar que no ha podido cumplir su

incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la lex artis [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso” [STS (Sala 1.ª) de 27 de mayo de 2010 (Roj 2891/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Xiol Ríos(FD 3.º)].

Las Audiencias Provinciales también entienden que la responsabilidad de los profesionales se basa, en general, en una infracción de la *lex artis* [así, por ejemplo, en materia de responsabilidad de los abogados, la SAP de Madrid (Sección 10) de 18 de noviembre de 2009 (14386/2009) Ponente: Ilmo. Sr. Á. V. Illescas Rus (FD 4.º); y la SAP de Jaén (Sección 3) de 28 de Mayo de 2010 (724/2010) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. Cáliz Covaleta (FD 4.º)].

Aunque los casos de responsabilidad médica y de responsabilidad de abogados son los más frecuentes en la jurisprudencia, hay otros supuestos. El mismo criterio –de la responsabilidad basada en la infracción de la *lex artis*– se entiende aplicable, por ejemplo, al *contrato de asesoría contable fiscal*, por analogía a la prestación de asesoría legal del abogado: “*la diligencia en la prestación del servicio al profesional es mayor que la genérica a que refiere el Código Civil asentada en la del buen padre de familia, por los cánones profesionales recogidos en las normas de deontología profesional. Por consiguiente, si no se ejecuta o se hace incorrectamente el servicio contratado, surge la responsabilidad del asesor fiscal en cuanto haya actuado sin la diligencia exigible u omitida ésta*” [SAP de Valencia (Sección 11) de 19 de mayo de 2010 (3163/2010) Ponente: Ilmo. Sr. D. M. J. López Orellana (FD 2.º)], o al *contrato de vigilancia y alarma*: “*Carente de regulación específica en nuestro ordenamiento, el arrendamiento de servicios de vigilancia y alarma debe calificarse como contrato de medios que exige del prestador del servicio desplegar la actividad estipulada con la diligencia propia de un profesional del sector en el que despliega su actividad –lex artis ad hoc*” [STS (Sala 1.ª) de 21 de Febrero de 2011 (Roj 1678/2011) Ponente: Excmo. Sr. D. R. Gimeno-Bayón Cobos (FD 10º)].

obligación debido a un caso fortuito, a una fuerza mayor, a un acto de un tercero, o al propio perjudicado por el daño ²⁴¹.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[87] Las principales conclusiones que surgen del estudio realizado en este capítulo son las siguientes:

1. El modelo actualmente utilizado, por la mayoría de los autores y sobre todo por la jurisprudencia española, para describir y calificar las relaciones contractuales que tienen por objeto la prestación

²⁴¹ Así, se ha entendido que existe una “presunción de culpa” en los casos de responsabilidad médica, cuando el contrato se ha calificado como “contrato de obra”. Así, en la STS (Sala 1.^a) de 28 de Junio de 1999 se considera que “[l]a obligación del médico [...] derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear [...] la boca del paciente [...] [y] tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación - obligación del resultado [...] incumplimiento imputable al deudor de tal obligación, el médico; cuya imputabilidad deriva de la no prueba (ni siquiera alegación) de caso fortuito (art. 1105) y presunción de culpa contractual (que deriva como principio general, del art. 1183 del código civil); y cuyo resultado final no obtenido implica el incumplimiento de la obligación” [(Roj 4583/1999) Ponente: Excmo. Sr. X. O’Callaghan Muñoz (FD 3.º)]. Aunque cabe destacar que, recientemente, el criterio del Tribunal Supremo es considerar que, por defecto, el médico o dentista siempre celebra un contrato de servicios (obligación de medios) y no de obra (véase, *infra* [112]). De la misma forma, en las Audiencias Provinciales se ha sostenido, en relación con la responsabilidad del deudor en los contratos de construcción, que: “La responsabilidad de los agentes que intervienen en la edificación por vicios o defectos constructivos tiene su fundamento en la existencia de culpa o negligencia de carácter personal, aunque la Ley no se refiera a tal culpa o negligencia porque está objetivizada [sic] y cualificada por el resultado, de tal manera que al demandante le basta con probar la existencia del vicio ruinógeno y que se manifestó dentro del plazo de diez años [...] [s]e produce una presunción de culpa en los eventualmente responsables, en beneficio del propietario, correspondiendo a aquellos destruir dicha presunción, quedando liberados sólo si prueban que los daños son ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño” [SAP de Sevilla (Sección 5) de 15 de Octubre de 2012 (3236/2012) Ponente: Ilmo. Sr. D. C. Gallardo Correa (FD 4º)].

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

de *servicios* (expresión ésta, empleada en un sentido amplio), es un modelo que puede denominarse *dual*, en cuanto distingue claramente entre dos contratos: el contrato de servicios, y el contrato de obra.

2. Este modelo doctrinal y jurisprudencial *dual* (contrato de servicios/contrato de obra) supone una *cierta superación* del modelo de regulación del Código Civil, tanto en relación con la concepción unitaria del arrendamiento como en relación con su estructura. En efecto:

a) Se puede decir que este modelo dual supone una *cierta superación* de la *concepción unitaria del arrendamiento* porque, si bien se observa una tendencia bastante clara a otorgar autonomía terminológica a la contratación de “obras y servicios”, no puede decirse que las denominaciones “arrendamiento de servicios” o “arrendamiento de obra” hayan sido abandonadas del todo.

b) Se puede decir que este modelo dual supone una *cierta superación* de la *estructura de la regulación* que el Código civil ofrece, porque las tres particulares actividades a las que hace referencia el Código civil a propósito del contrato de arrendamiento “de obras y servicios” (*los servicios de criados y trabajadores asalariados, las obras por ajuste o precio alzado, y los transportes*) son reemplazadas, en la práctica, por dos “contratos”: el *de servicios* y el *de obra*. Sin embargo, esta *superación del modelo legal es también parcial*, puesto que las normas de referencia de estos dos “contratos” son las que contiene el Código civil en materia de “contrato de arrendamiento” [en el caso del contrato *de obra*, las normas de referencia son las contenidas en la Sección II del Capítulo III del Título VI del Libro IV (*De las obras por*

ajuste o precio alzado); en el caso del contrato *de servicios*, se admite que no existe regulación, pero se reconoce la existencia de este “tipo” con base en la definición del art. 1544 CC].

Lo dicho determina, *por un lado*, que los contratos *de servicios* y *de obra* sean configurados como contratos *esencialmente* onerosos (dejando fuera a las prestaciones de servicios –en sentido amplio– gratuitas), y *por otro lado*, que en este modelo dual doctrinal y jurisprudencial no tengan cabida contratos que están regulados de forma separada en el Código civil como, por ejemplo, el contrato de mandato y el de depósito.

3. Para diferenciar el contrato *de servicios* del contrato *de obra* se recurre a la clasificación doctrinal de las obligaciones que distingue entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Así, si la obligación es de medios, el contrato se califica *de servicios*; si es de resultado, el contrato se califica *de obra*.

4. La importancia práctica de esta distinción entre el contrato *de servicios* y el contrato *de obra* se proyecta, con claridad en, al menos, dos aspectos:

a) Uno, la posibilidad de aplicar un determinado régimen jurídico. Como se ha mostrado, el llamado contrato de servicios no tiene regulación de referencia (la Sección Primera del Capítulo III del Título VI “*Del contrato de arrendamiento*”, art. 1583 y ss., se considera derogada en su mayoría); en cambio, el contrato “de obra” sí la tiene (la Sección Segunda del referido Capítulo III, art. 1588 y ss. CC; complementada, tratándose de contratos de construcción de inmuebles, por la regulación de la LOE).

3. La construcción del modelo dual servicios/obra

b) El segundo aspecto importante tiene que ver con la responsabilidad del deudor (del prestador del servicio) en caso de incumplimiento, particularmente, tiene que ver con la necesidad del acreedor demandante de probar la culpa o negligencia del prestador del servicio. Si se estima que el contrato es *de servicios* (porque la obligación es de medios) el demandante debe probar la negligencia del deudor; si el contrato se califica como *de obra*, la culpa del deudor, en cambio, se presume.

CAPÍTULO 4

El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

I. INTRODUCCIÓN

[88] Puede decirse que la última década del siglo XX viene marcada por una creciente percepción de que los servicios son un motor muy relevante de la economía. Ello es lo que explica, al menos en una buena parte, la atención que se presta, a nivel Europeo, a la regulación de los servicios²⁴².

²⁴² Hay al menos dos importantes razones –estrechamente vinculadas entre sí– que justifican una preocupación por la regulación de los servicios en el contexto europeo.

La primera razón es que, desde la segunda mitad del siglo XX, la economía europea se ha ido moviendo desde una economía “de producción” a una economía “de servicios”. En efecto, según los datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) a fines del siglo XX el porcentaje que representaban las actividades de manufacturación de bienes sobre el Producto Interno Bruto había caído a menos del 20%, mientras que el porcentaje que representaban los servicios había subido a más del 70% en algunos países, lo que sugiere que los servicios juegan en la actualidad un rol principal en las economías [estos datos, y su análisis, pueden verse en el informe de la OECD, “The Service Economy” del año 2000, que incluye anexos en los que se puede consultar también la evolución por país y por sector de servicios; disponible a texto completo, en la página web de la OECD: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/33/2090561.pdf>].

[89] Esa creciente importancia de los servicios en la economía, sumado al proceso de integración europea que vive España, y sumado también a la idea generalizada de que la regulación del Código civil en materia de obras y servicios es un modelo inadecuado, hacen que, en la última década de los años noventa del siglo XX, la modernización del ordenamiento español en esta materia se vuelva algo urgente. En este contexto se publica, en el año 1994, el *Proyecto de Ley 121/000043, por la que se modifica[ba] la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra* [en adelante PCSO]²⁴³.

El PCSO cristalizaba el modelo dual de regulación que habían construido la doctrina y la jurisprudencia españolas, modelo que, como ya se ha dicho en varias ocasiones, distingue entre el contrato *de servicios* y el *de obra*, recurriendo a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado²⁴⁴.

La segunda razón que justifica la preocupación por la regulación de los servicios es que la libertad de servicios constituye una de las cuatro libertades básicas de la Unión Europea. El art. 26.2 del Tratado de Funcionamiento de Unión Europea (en adelante TFUE) señala: “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados” [versión consolidada, DOUE C 326 de 26/10/2012]. Este artículo corresponde al antiguo art. 14.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCCE). Por su parte, el art. 56 TFUE señala: “En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”. Este artículo corresponde al antiguo art. 49 TCCE.

²⁴³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 12 de abril de 1994 (V legislatura, Serie A núm. 58-1).

²⁴⁴ Por lo demás, lo que se acaba de decir se indica expresamente tanto en la *Memoria* que acompaña al texto del Anteproyecto preparado por la Comisión General de Codificación (Sección Civil; remitido al Ministerio de Justicia el 1.º de diciembre de 1993) como en la Exp. de motiv. del PCSO.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

- i. En el PCSO, los contratos *de servicios y de obra* seguían regulados bajo el mismo Título VI del Libro IV del Código Civil, junto con el arrendamiento, si bien se les consideraba contratos diferentes. El PCSO sustituía la rúbrica del Título VI, que pasaba a denominarse “*Del arrendamiento y de los contratos de servicios y de obra*”. Además, modificaba los artículos 1542 a 1544 CC (eliminando de ellos toda referencia a las “obras y servicios”), y derogaba los arts. 1545 y 1546 CC.
 - ii. La estructura del Título VI del PCSO denotaba que el contrato *de servicios* y el contrato *de obra* se consideraban contratos distintos, y no especies de una misma categoría. En efecto, ellos quedaban regulados en Capítulos separados dentro del mentado
-

En la mentada *Memoria*, se indica expresamente que, además de superar la terminología del arrendamiento (porque se estima que ella obedece únicamente a razones históricas), se recoge, como criterio de distinción entre el contrato de obra y el de servicios, el criterio que la doctrina y la jurisprudencia “han ido perfilando” para distinguir estos dos contratos, que es el “basado en la distinción entre prestaciones de actividad y prestaciones de resultado. Tras ello, se agrega: “Por supuesto, es evidente que toda actividad tiende a la consecución de un resultado; lo es, igualmente, que la obtención de un resultado presupone la necesidad de una actividad encaminada a producirlo y adecuada para ello. Pero lo decisivo es determinar si el resultado, y cuál de los posibles resultados, ha sido incorporado al contrato, hasta el punto de que el obligado se comprometa inmediatamente a procurarlo, o si, simplemente, se ha comprometido a desplegar una actividad que haga posible la obtención del resultado previsto y querido”.

En la Exp. de motiv. del PCSO, que reproduce el texto del Preámbulo del Anteproyecto, se expresa: “La distinción entre obligación de actividad y obligación de resultado no sólo se utiliza para caracterizar a cada una de las dos figuras contractuales, sino también para evitar la necesidad de acudir a enumeraciones casuísticas de los posibles contenidos de los contratos de servicios y de obra. Con todo, habrá supuestos fronterizos en los que resulte problemática la adscripción a uno u otro tipo y dependerá entonces de la interpretación la calificación del contrato, en función del criterio indicado, cifrado en la circunstancia de que pueda estimarse que se ha prometido la prestación de una actividad o la producción de un resultado. Dependerá también de la interpretación la exacta individualización del resultado previsto y debido; una vez más, la referencia que en el artículo 1.258 se hace a la buena fe y a los usos habrán de tenerse muy en cuenta para esta labor de interpretación”.

Título VI. El Capítulo III contenía la regulación “*Del contrato de servicios*” (arts. 1583-1587), que se definía en estos términos: “*Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado*” (art. 1583.I). El Capítulo IV contenía la regulación “*Del contrato de obra*” (arts. 1588-1600), que se definía así: “*Por este contrato el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos*” (art. 1588.I)²⁴⁵.

[90] Aunque el PCSO finalmente no vio la luz²⁴⁶, sin duda representa un hito relevante en el debate doctrinal relativo a la forma en que deben regularse los contratos de obras y servicios. La publicación del PCSO no sólo dio lugar a algunas publicaciones que tenían, por particular objeto, su análisis²⁴⁷, sino que, puede decirse, en general revitalizó el estudio de esta materia. En efecto, desde entonces en varias tesis doctorales –publicadas luego como monografías– y en

²⁴⁵ El segundo párrafo de este mismo artículo disponía: “*Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes*”. Y el tercer párrafo disponía: “*Salvo pacto o uso en contrario, para realizar la obra el contratista pondrá los medios necesarios y los materiales que deberán ser de la calidad adecuada*”.

²⁴⁶ En opinión de L. Díez-PICAZO, el PCSO “no pasó el trámite de las enmiendas, probablemente porque por las mismas fechas algunos otros sectores de la Administración y profesionales distinguidos estaban proponiendo la llamada Ley de la edificación, que al final ha concurrido con el Código civil en la regulación de esta materia” (*Fundamentos IV*, p. 376).

²⁴⁷ Así, por ejemplo, GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.) *Contratos de servicios y de Obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1996 [para una presentación general del PCSO véase, particularmente, la colaboración de LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil”, pp. 27-51]. Puede verse también una presentación general del PCSO en SERRA RODRÍGUEZ, quien le dedica un capítulo de su libro (*La relación de servicios del abogado*, p. 199 y ss.).

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

algunos artículos especializados, se ha abordado el problema de la regulación de los contratos de servicio y de obra (esto es, de los contratos de servicios, en sentido amplio) en el Derecho español. El estudio de esas modernas posiciones doctrinales *revela el abandono progresivo de la construcción dual* que descansa sobre la distinción de las obligaciones de medios y de resultado, para diferenciar el contrato *de servicios* y el contrato *de obra*.

Este capítulo cuarto tiene por objeto, precisamente, dar cuenta de las principales críticas que la doctrina moderna dirige a la construcción dual de contrato *de servicios/contrato de obra*. Tras ello, sigue un apartado en el que se presentan algunas reflexiones sobre la inutilidad del modelo dual, como modelo para regular las relaciones contractuales que tienen por objeto la prestación de servicios (en sentido amplio).

II. LAS CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DUAL CONTRATO DE SERVICIOS/CONTRATO DE OBRA

[91] A efectos de la exposición que sigue, me parece que es posible hablar de *tres principales críticas*.

La *primera crítica* que se hace al modelo dual –contrato de servicios/contrato de obra– es la *inexistencia de una base normativa*, en el Código civil, para distinguir esos dos contratos. Pero, ello se plantea sin llegar a poner en tela de juicio la utilidad que puede prestar la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. Destacan, en

esta línea, las aportaciones de SOLÉ RESINA (1997)²⁴⁸ y de ALONSO PÉREZ (1997)²⁴⁹.

Las *otras dos críticas*, en cambio, apuntan precisamente a la utilidad que puede prestar la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado como criterio para diferenciar el contrato *de servicios* del contrato *de obra*, y en general, como criterio para construir un modelo de regulación de los contratos de servicios (expresión empleada en sentido amplio). En esta línea, se pone de relieve, *por un lado*, el hecho de que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado *es una clasificación doctrinal, que no ha sido admitida* con carácter general (*la segunda crítica*). *Por otro lado*, se dice que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado es una clasificación *de las obligaciones* y que, por tanto, no sirve para calificar contratos (*la tercera crítica*). En esta línea, destacan, por ejemplo, las aportaciones de SERRA RODRÍGUEZ (1999)²⁵⁰ y de TRIGO GARCÍA (1999)²⁵¹.

Las mentadas tres críticas han sido recogidas, más recientemente, por ejemplo, por VAQUERO PINTO (2005)²⁵² y por VILLANUEVA LUPIÓN (2009)²⁵³.

²⁴⁸ SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios* (especialmente, p. 113 y ss.).

²⁴⁹ ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios* (especialmente, p. 138 y ss.).

²⁵⁰ SERRA RODRÍGUEZ, *La relación de servicios* (especialmente, p. 58 y ss.).

²⁵¹ TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicios* (especialmente, p. 143 y ss.; y a propósito de los criterios de diferenciación entre el contrato de obra y el de servicios, p. 173 y ss.).

²⁵² VAQUERO PINTO, *Arrendamiento de servicios*, pp. 116-182 (y, especialmente, p. 155 y ss.).

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

En este apartado, como ya se ha dicho, se da cuenta brevemente de las mencionadas tres críticas. Pero, se presta *especial atención* a la segunda de ellas –la que sugiere que utilizar la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado *no es adecuado* porque se trata de una clasificación *que no ha sido generalmente admitida*– ya que esta segunda crítica nos ofrece la ocasión de revisar el origen y la posterior aceptación de esta clasificación de las obligaciones.

1. LA PRIMERA CRÍTICA: NO EXISTE BASE NORMATIVA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA ADMITIR EL MODELO DUAL CONTRATO DE SERVICIOS/CONTRATO DE OBRA

[92] En un primer momento, como se ha anunciado, el énfasis de estas posiciones doctrinales críticas se pone en la *falta de base normativa* para admitir la construcción jurisprudencial que distingue entre el contrato *de servicios* y el *de obra*. *Ahora bien*, estas posiciones doctrinales *no niegan la utilidad* de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, como base para un modelo legal de regulación de los contratos que tienen por objeto la prestación de obras y servicios. En este sentido, estas posiciones se encuentran en sintonía con la propuesta del PCSO que, como se ha dicho, recogía como criterio de distinción entre estos dos contratos la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. Como se anunció, esta línea de

²⁵³ VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicio* (véase, en particular, p. 103 y ss.; criticando el modelo recogido en el PCSO; y en general, sobre los criterios de distinción entre el contrato de obra y el de servicio, p. 333 y ss.).

argumentación la proponen, por ejemplo, SOLÉ RESINA (1997) y ALONSO PÉREZ (1997).

[93] SOLÉ RESINA plantea abiertamente que la descripción del modelo dual que distingue entre el contrato de servicios y el de obra, a partir del recurso a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, *es inadecuada*. Ello, porque dicha clasificación de las obligaciones *es ajena al Código civil*, y además, porque la distinción entre obligaciones de medios y de resultado apunta, en el fondo, a una diversa configuración del cumplimiento de la obligación y, en su opinión, *de la regulación del arrendamiento de obra o servicios* “no se desprende ninguna diferencia en relación con el grado de exigibilidad de la conducta debida en función de si ésta se concreta en la prestación de un servicio o en la ejecución de una obra”²⁵⁴. Así, el estudio realizado por esta autora *le lleva a poner en duda la existencia de dos tipos contractuales diferenciados*, debiendo hablarse, a su juicio, de dos modalidades *de un único tipo contractual* (obras y servicios)²⁵⁵. Sin embargo, la autora *no rechaza* la utilidad del criterio de distinción basado en las obligaciones de medios y de resultado y, de hecho, propone *de lege ferenda*, la creación de dos tipos contractuales con base en esa distinción²⁵⁶.

²⁵⁴ Cfr. SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios*, p. 113. Esta crítica es compartida también por VAQUERO PINTO, *Arrendamiento de servicios*, p. 158.

²⁵⁵ SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios*, p. 122

²⁵⁶ La autora afirma, en este sentido, que “cabe plantearse [...] la conveniencia de que la legislación española lo adopte para tipificar dos contratos diferenciados, y sustituya así la actual regulación del contrato de arrendamiento de obras y servicios por una nueva normativa que tenga como base esta clasificación de las obligaciones. Los

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

[94] En esta misma línea argumentativa, puede citarse también el trabajo de ALONSO PÉREZ. Esta autora –que también apunta la falta de una base normativa para la mentada distinción dual servicios/obra– propone de *lege ferenda* utilizar la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado como base de un modelo, tanto para diferenciar los contratos *de obra* y *de servicios*, como para reformular la regulación del contrato de mandato.

La autora intenta, además, superar el problema que –a su juicio– genera la falta de una regulación específica para los servicios y las obras prestados *gratuitamente*. Y como solución a este problema, plantea que, en vez de abrir el tipo contractual “obras y servicios” a las relaciones no onerosas, éstas queden absorbidas en el contrato de mandato, al que habría que devolver su carácter esencialmente gratuito. En su propuesta de regulación, el contrato de mandato es el “tipo” para las relaciones de trabajo gratuitas, y en su interior, propone una regulación separada para el mandato “de servicios”, y otra, para el mandato “de obra” (sobre la base de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado). En forma paralela, dentro de las relaciones de trabajo *onerosas* (que corresponde a las “obras y servicios” en un sentido amplio), la autora considera la inclusión de dos subtipos: el contrato oneroso de servicios “propriadamente dicho” y el contrato oneroso de obra, conservando

nuevos contratos se distinguirían, entonces, en el objeto de la obligación de hacer, y podrían llamarse “contrato de medios” y “contrato de resultado”. Y además, sugiere que cuando la actividad o la obra hayan alcanzado en la sociedad una independencia y autonomía propias, entonces sería oportuno regularlas como contratos independientes y separados” (*ibíd.*, pp. 119-120).

de esta forma, la dualidad servicios/obra sobre la base de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado”²⁵⁷.

2. LA SEGUNDA CRÍTICA: LA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO ES UNA CLASIFICACIÓN DOCTRINAL, QUE NO HA SIDO GENERALMENTE ADMITIDA

[95] La segunda crítica que se hace al modelo dual contrato de servicios/contrato de obra, es que no es posible construir un modelo de regulación sobre la base de una clasificación de las obligaciones, que es de origen doctrinal, y *que no goza de aceptación generalizada por parte de la doctrina* ²⁵⁸.

Para poder considerar la exactitud de tal afirmación, resulta indispensable describir en qué consiste la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado. Ha de comenzarse por el Derecho francés, pues es donde esta clasificación de las obligaciones tiene su origen. Tras ello, es oportuno revisar su recepción en otros ordenamientos, y en algunos instrumentos supranacionales.

a) El origen y la recepción de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en Francia

[96] Es sabido que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado fue introducida formalmente, por primera vez, por DEMOGUE

²⁵⁷ Cfr. ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios*, particularmente, p. 138 y ss.

²⁵⁸ Cfr. TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicios*, p. 143.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

en 1925²⁵⁹. Lo hizo de forma incidental, a propósito del análisis de una de las pretendidas diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual: la de la diferente carga de la prueba.

²⁵⁹ DEMOGUE, R., *Traité des obligations en general. I. Sources des obligations*, Paris, 1925, t. 5, p. 536 y ss.

La paternidad que se reconoce a DEMOGUE es más bien por el mérito de exponerla al mundo jurídico, que por “inventarla”. En este sentido, se ha sostenido que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado puede encontrarse ya en el Derecho romano. Así, por ejemplo, MARTON, “Obligations de résultat et obligations de moyens”, *RTDC*, 1935, p. 509. Y también, destacadamente MAZEAUD, quien sobre el punto, expresa: “ce serait une erreur grave que de ne chercher, dans le droit romain, que la classification tirée des sources, la *summa divisio*... on trouve déjà dans le droit romain, très nettement indiquée en matière contractuelle, la distinction de l’obligation générale de prudence et diligence et des obligations déterminées” (MAZEAUD, H., “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence”, *RTDC*, 1936, pp. 25 y 26). MAZEAUD explica que la regla general en materia contractual era que el deudor se obligaba a actuar de buena fe (*fides et diligentia*) pero, que en ciertos casos –principalmente cuando se debía restituir algo– ello no protegía suficientemente al acreedor, que quedaba a merced del deudor. Como forma de protegerlo, se entendió que el deudor había prometido un acto determinado (la restitución) de forma que sólo la prueba del caso fortuito lo liberaba, sin tener que analizarse la conducta del deudor. Ahora bien, pese a lo que se acaba de decir, se ha puesto de relieve que sería exagerado pretender que el Derecho romano haya distinguido formalmente entre obligaciones de medio y de resultado, pues el pragmatismo de los antiguos se oponía a la elaboración de tal teoría (cfr. FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des résultat*, LGDJ, Paris, 1965, p. 12).

En la misma línea, se afirma, que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado sería vagamente conocida por autores de diferentes siglos. Se dice, por ejemplo, que sería conocida en el *Ancien Droit*, destacándose, por ejemplo, que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se puede encontrar con claridad en DOMAT, aunque no evidentemente con la misma terminología ((cfr. MAZEAUD (1936) pp. 26-28; FROSSARD, *La distinction des obligations*, pp. 16-21). Esta última afirmación puede considerarse efectiva, pues DOMAT señala que “cuando no existe intención de dañar, ni mala fe en el hecho que causa daño, es todavía necesario analizar si dicho daño no haya ocurrido por negligencia o culpa, o sin que pueda ser imputado a aquel que se pretende como responsable” y luego “aun cuando no exista ninguna culpa de parte de aquel a quien se demanda la indemnización, ello no es siempre suficiente para liberarse. Pues hay casos en los que se debe la indemnización de perjuicios sin que haya habido ninguna culpa, sino por el simple efecto de un compromiso [...] así, aquel que no entrega aquello que ha vendido es obligado a indemnizar los daños que se derivan de la falta de entrega” [*Les Loix civiles*, en el Libro

La doctrina asentada en la época de DEMOGUE entendía que el *único fundamento de la responsabilidad*, tanto de la contractual como de la extracontractual, era la *culpa* (entendida ésta en un sentido tradicional, como una actuación reprochable). Por tanto, no bastaba la mera inexecución del contrato para que surgiera el deber del deudor de indemnizar los daños. Ahora bien, la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual residía en la carga de la prueba: mientras que en sede extracontractual *era el demandante* (la víctima - acreedor) quien debía probar la culpa de su adversario; en sede contractual, la culpa del deudor se presumía en caso de incumplimiento (con apoyo en el art. 1147 *Code civil*)²⁶⁰. Así, en sede contractual, *era el deudor quien debía destruir la presunción de culpa*, y para ello, debía probar “la causa extraña” (por esta vía, el deudor probaba la ausencia de culpa).

Lo que DEMOGUE pretendía demostrar era que, en ambos campos de la responsabilidad (contractual y extracontractual), el sistema de prueba

III, Título V (*Des intérêts, dommages-intérêts; et restitution des fruits*), Sección II (*des dommages-intérêts*), párrafos IX y X (p. 236)]. Conviene destacar que, a pesar de los términos utilizados por DOMAT, MAZEAUD sostiene que DOMAT no plantea que exista responsabilidad sin culpa, sino que la culpa no necesita ser buscada; la inexecución implica por sí misma una culpa [MAZEAUD (1936) pp. 26-27].

Por último, se ha dicho también que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado tampoco sería desconocida para la doctrina italiana y alemana anterior a DEMOGUE [sobre este punto, *cfr.* FROSSARD, *La distinction des obligations*, p. 21 y ss.; y también YAGUAS GÓMEZ, *Contratos de conexión a Internet*, pp. 62-63].

²⁶⁰ Art. 1147 *Code civil*: “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part.”

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

era el mismo ²⁶¹. Para DEMOGUE, *la carga de la prueba se relaciona con la naturaleza de la obligación, y es a propósito de ello que introduce la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*. En sus palabras, “la obligación que puede pesar sobre un deudor no siempre es de una misma naturaleza: ella puede ser una obligación de resultado o una obligación de medio” ²⁶². En las obligaciones de resultado, señala DEMOGUE, “únicamente se verifican dos extremos, obligación e incumplimiento, de forma que el acreedor ganará el juicio, a menos que el deudor pruebe que no ha podido cumplir por caso fortuito o fuerza mayor. En las «de medio», en cambio, es el demandante quien deberá probar la culpa del demandado” ²⁶³.

[97] La teoría de DEMOGUE recibió de inmediato la atención de los autores franceses para criticarla. CAPITANT (1932) ²⁶⁴, ESMEIN (1933) ²⁶⁵, y MARTON (1935) ²⁶⁶, por ejemplo, sostuvieron –aunque con diversas justificaciones– que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado era ficticia e inútil.

²⁶¹ Para DEMOGUE, “el sistema de prueba es el mismo en el caso de culpa extracontractual y culpa contractual. Además del daño, siempre hay que probar que el demandado tenía una obligación, que ésta no ha sido ejecutada, y el vínculo causal entre este último hecho y el daño, sea que la obligación sea positiva o negativa” (*Traité*, pp. 537-538).

²⁶² *Ibíd.*, p. 538. DEMOGUE utiliza aquí la expresión “medio” (en singular), no “medios” (*obligation de moyen*).

²⁶³ *Ibíd.*, p. 538.

²⁶⁴ CAPITANT, H., “Les effects des obligations”, *RTDC*, 1932, pp. 721-726.

²⁶⁵ ESMEIN, P., “El fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *RTDC*, 1933, pp. 627-692.

²⁶⁶ Trabajo citado *supra* nota 259.

i. Para empezar, la terminología empleada por DEMOGUE planteaba ya los primeros reparos. Según la perspectiva desde donde se mire, se puede sostener que toda obligación conlleva un “resultado”, que es la propia prestación de la obligación²⁶⁷; o bien, que toda obligación es de “medios”, si se considera que, naturalmente, para la ejecución de la prestación se requiere realizar una actividad, empleando una cierta diligencia²⁶⁸. Por esto, *incluso entre los partidarios de la clasificación*, se admite que la idea de que existan obligaciones *de medios* y *de resultado* puede ser difícil de comprender, porque son conceptos que, por sí solos, no dan cuenta de lo que está en la base de la distinción²⁶⁹.

ii. Además, la pretendida utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado como herramienta para distribuir la carga de la prueba fue prontamente descartada. La distribución de la carga de la prueba no resultaría de la distinta naturaleza de la obligación (si de medios o de resultado), como proponía DEMOGUE, sino que resultaría, en realidad, de la aplicación de la regla del art. 1315 *Code civil*, según la cual “el que reclama la ejecución de una obligación la debe probar” y “recíprocamente, el que se pretende liberado debe justificar el

²⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, ESMEIN (1933) pp. 658-659; y MARTON (1935) pp. 516 y 517.

²⁶⁸ En este sentido, por ejemplo, TUNC, A., “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *JCP*, 1945 (1) pp. 449-450; y PLANQUEEL, A., “Obligations de moyens, obligations de résultat (essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d’inexécution)”, *RTDC*, 1972, p. 336.

²⁶⁹ PLANQUEEL (1972) p. 334.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”²⁷⁰.

Por ello, la distinción de DEMOGUE sería inútil ²⁷¹.

[98] Pese a lo anterior, en 1936, H. MAZEAUD ²⁷² contribuiría notablemente a la recepción de esta clasificación de las obligaciones, desbordando los límites originales en los que, en su día, la situó DEMOGUE, al postularla expresamente como la nueva “*summa divisio*” de las obligaciones ²⁷³. Para MAZEAUD, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado supone que toda obligación (sea contractual o extracontractual) impone al deudor, o bien la realización de un acto determinado (positivo o negativo) o bien el deber de conducirse con diligencia y prudencia. Y eso es el *contenido* de la obligación, cuestión que hay que determinar en forma previa a la pregunta por el incumplimiento de la obligación y la consecuente responsabilidad del deudor incumplidor ²⁷⁴.

[99] Desde entonces, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado fue recogida y defendida por varios autores, entre los

²⁷⁰ Art. 1315 *Code civil*: “Celui qui réclame l’exécution d’une obligation doit la prouver./ Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l’extinction de son obligation”.

²⁷¹ En este sentido, ESMEIN (1933) p. 642 y ss.; tesis que sigue, posteriormente, FROSSARD, *La distinction des obligations*, p. 109.

²⁷² Trabajo citado *supra* nota 259.

²⁷³ MAZEAUD pone de relieve que la *summa divisio* de las obligaciones recogida en el *Code civil* (la distinción entre obligaciones “contractuales” y “extracontractuales”) sólo interesaba en relación con la fuente de la obligación, pero que ella no tendría ninguna importancia en materia de efectos de la obligación, donde la distinción entre obligaciones de medios y de resultado era “la llamada a dominar la teoría general [(1936) p. 58].

²⁷⁴ *Cfr.* MAZEAUD (1936) pp. 41-42.

que destacan, por ejemplo, TUNC (1945)²⁷⁵, STARK (1956)²⁷⁶, FROSSARD (1965)²⁷⁷, y PLANCQUEEL (1972)²⁷⁸. En este camino que recorre la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, ella se va distanciando del inicial problema al que pretendía dar respuesta DEMOGUE –el de la distribución de la carga de la prueba– *para vincularse directamente con el problema del rol de la culpa en el incumplimiento contractual y el fundamento (subjetivo u objetivo) de la responsabilidad contractual*.

- i. Si bien DEMOGUE no se planteó el problema del fundamento de la responsabilidad (si subjetivo u objetivo) su distinción entre obligaciones de medios y de resultado sienta las bases para entender que, en sede contractual, el sistema de responsabilidad no tiene únicamente como fundamento la culpa del deudor; esto es, que puede haber responsabilidad sin necesidad de tomar en consideración la conducta del deudor. Esta idea aparece con más claridad en MAZEAUD, aun cuando este autor no excluye la culpa como elemento de la responsabilidad, sino que, al contrario, defiende que es un elemento necesario de la responsabilidad tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado. Lo que ocurre es que la noción de culpa que maneja MAZEAUD es aquella que la define como el “incumplimiento de una obligación”. Así, la necesidad de culpa estaría presente también en las obligaciones de

²⁷⁵ Trabajo citado *supra* nota 268.

²⁷⁶ STARCK, B., “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, *RTDC*, 1958, pp. 475-515.

²⁷⁷ Trabajo citado *supra* nota 259.

²⁷⁸ Trabajo citado *supra* nota 268.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

resultado, sólo que la existencia de culpa se “presume” a partir del solo hecho del incumplimiento ²⁷⁹.

ii. La defensa que de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado hizo MAZEAUD, en cuanto que la vincula con el *contenido de la obligación*, permitió conectarla con la “*aparente antinomia*” que existe en el *Code civil* entre sus arts. 1147 y 1137: mientras que el art. 1147 *Code civil* señala que el deudor será condenado a indemnizar siempre que no pueda justificar que la inejecución de la obligación provenga de un caso fortuito²⁸⁰; el art. 1137 *Code civil* establece que el deudor debe actuar con la diligencia de un “buen padre de familia” ²⁸¹. Estos dos artículos permiten sostener que en el *Code civil* coexisten criterios objetivos y subjetivos generales de responsabilidad, difíciles de conciliar. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado resolvería ese “conflicto”, otorgando a cada uno de dichos artículos un ámbito propio de aplicación: el art. 1137 *Code civil* se refiere a las obligaciones de medios, y el art. 1147 *Code civil* se refiere a las obligaciones de resultado²⁸².

²⁷⁹ Cfr. MAZEAUD (1936) p. 49.

²⁸⁰ Transcrito *supra* nota 260.

²⁸¹ Art. 1137 *Code civil*: “*L’obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n’ait pour objet que l’utilité de l’une des parties, soit qu’elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d’un bon père de famille*”.

²⁸² Sobre la antinomia entre los arts. 1137 y 1147 *Code*, y el rol de la clasificación de DEMOGUE, véase, por ejemplo, ALESSI, D., “The distinction between Obligations de Résultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of promises”, *ERPL*, n. 5, 2005, p. 662 y ss; BELLISSENT, J., *Contribution à l’analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat: à propos de l’évolution des ordres de responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2001, p. 144 y ss.; FROSSARD, *La distinction des*

[100] Hoy, en términos generales, parece posible afirmar que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se ha convertido en un tema insoslayable a la hora de tratar el Derecho de las obligaciones en Francia, no ya en relación con el problema de la carga de la prueba, sino en relación con el papel que la culpa juega en el incumplimiento contractual, y en relación con los remedios frente a dicho incumplimiento.

- i. *Y todavía sigue siendo una clasificación que se discute*: mientras que *para algunos* la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se considera un reflejo de un sistema dual de responsabilidad, en el que coexisten la responsabilidad objetiva y

obligations, p. 22 y ss; y DIESSE, F., “Les applications de l’article 1147 de Code civil de 1804 a 2004”, *RGD*, n. 34, 2004, p. 449 y ss.

Como se ha dicho en el cuerpo del texto, la antinomia de estos artículos se ha tildado de “aparente”. Sobre este punto, FROSSARD plantea que en la época del *Code civil* habría que hacer un gran esfuerzo de imaginación para entrever la posibilidad de un contrato no ejecutado en la ausencia de toda culpa y del acaecimiento de un evento imprevisible e irresistible, de modo que, para el *Code civil*, la prueba del caso fortuito no era sino la prueba de la ausencia de culpa. Según FROSSARD, la verdadera contradicción interna en el *Code civil* es esta: por un lado se dice que la responsabilidad es subjetiva, pero se abandona la idea de responsabilidad subjetiva por otra vía, la de “garantía” (en el régimen de los vicios ocultos o en el de la evicción), y además, porque existe una serie de verdaderos casos de responsabilidad objetiva (en materia de responsabilidad de los hoteleros, del arrendatario, o del transportista). Así, plantea FROSSARD que las denominadas “obligaciones de resultado” no estaban ausentes del *Code civil*, y que “el legislador las ha distinguido sin saberlo” (*cfr. La distinction des obligations*, pp. 22-23).

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

la subjetiva ²⁸³; *para otros*, la clasificación de DEMOGUE tiene, “a lo más, un mero valor pedagógico” ²⁸⁴.

ii. La justificación y la potencial utilidad de esta clasificación doctrinal de las obligaciones de medios y de resultado continúa despertando interés en la doctrina francesa del siglo XXI. Lo demuestran, por ejemplo, los trabajos de BELLISENT (2001) ²⁸⁵ y de MALABAT (2003) ²⁸⁶.

b) La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en otros ordenamientos europeos

²⁸³ Cfr. LARROUMET, C., *Droit Civil, tome 3: les obligations, 1ere partie*, 1986, Paris, p. 47 y ss; y p. 551 y ss. En el mismo sentido, BELLISENT, *Contribution à l'analyse de la distinction*, p. 86.

²⁸⁴ “La distinction est acceptée plus ou moins par tout le monde; mais tout le monde, ou presque, admet qu’elle est à ce point relative, qu’elle ne signifie plus grand-chose et n’a qu’une valeur pédagogique [...]” (MALAURIE, Ph./AYNES, L./STOFFEL-MUNCK, Ph., *Les obligations*, 5.^a ed., Defrenois, Paris, 2011, p. 502 y ss.).

²⁸⁵ Trabajo citado *supra* nota 268. En este libro, el autor realiza un extenso y profundo estudio en el que, con ocasión de la distinción entre las obligaciones de obligaciones de medios y de resultado, revisa el concepto de responsabilidad civil contractual en el Derecho francés, lugar en el que la distinción tiene, a su juicio, verdadera importancia. BELLISENT defiende la tesis de que la distinción de las obligaciones de medios y de resultado emanaría de una cierta concepción de la responsabilidad civil (la concepción moderna y unitaria de la responsabilidad civil) que a su vez, ella contribuiría a reforzar.

²⁸⁶ MÁLABAT, V., “De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat”, en *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, pp. 439-455. En este artículo, la autora intenta justificar que, a pesar del problema de la falta de un criterio único de distinción, la clasificación es ineludible, ya que no se trata de una mera cuestión procesal (de prueba) sino que apunta a una cuestión de fondo, la noción de incumplimiento, y que ello se proyecta en el régimen de responsabilidad civil (interesan, especialmente, p. 439 y ss.).

[101] Como se ha indicado, analizada la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el Derecho francés, conviene conocer sobre su recepción en otros ordenamientos.

VATTIER FUENZALIDA afirma que la distinción de las obligaciones de medios y de resultado es desconocida en el *Derecho inglés*²⁸⁷.

A mi juicio, sin embargo, esta afirmación requiere alguna matización. En efecto, aun cuando se suele entender que el Derecho contractual del *Common Law* es un sistema de responsabilidad estricta (*strict liability*), en el que la conducta del deudor no interesa, hay casos en los que, se entiende, el deudor únicamente asume una obligación de cuidado y pericia (*care and skill*). Esto es lo que ocurre, precisamente, en los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios. Y no es extraño, además, hallar la afirmación de que estas obligaciones de *care and skill* (también llamadas de *best efforts*) corresponden a la categoría francesa de las obligaciones de medios²⁸⁸.

²⁸⁷ “Como es bien sabido, la distinción que examinamos se desconoce, en términos generales, en el derecho anglosajón. En concreto, no aparece en las fuentes del derecho inglés, ni se recoge en el *Contract Code* del profesor Harvey McGregor, lo que es sumamente significativo” [VATTIER FUENZALIDA, C., “El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado”, en BUERES, A. et al (coord.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini: teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva*, Buenos Aires, 1997, p. 961].

²⁸⁸ SAMUEL lo explica en estos términos: “[A]nother broad distinction that is of particular interest to the comparative lawyer is the one between goods and services. This is important because it involves a different level of duty in situations of defective or non-performance of the contract. In a contract to sell or hire goods the goods must be reasonably fit for their purpose and of satisfactory quality and this obligation is strict. That is to say it is what a french lawyer would call an obligation de résultat. In a contract of service the obligation is not generally strict; the provider of the service promises only to use his care and skill and thus in cases of defective performance the

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

[102] En el caso del *Derecho alemán*, según VATTIER FUENZALIDA, la distinción de las obligaciones de medios y de resultado “no se concibe como una categoría de alcance general [sino que] sólo sirve para

other party must normally establish fault before damages can be obtained. In other words it is an obligation de moyens” (SAMUEL, G., “Classification of contracts: A view from a common lawyer”, en ANDRÉS SANTOS, F. J./BALDUS, CH./DEDEK, H., *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier european law publishers, München, 2011, p. 137). El mismo autor, plantea luego, que hay casos en los que se ha considerado que el incumplimiento del contrato puede establecerse sin necesidad de considerar si el deudor –prestador del servicio– ha actuado o con la diligencia debida, pero que se trata de casos muy excepcionales (*ibíd.*, p. 138).

También en el Derecho estadounidense se ha sugerido esta correspondencia entre las obligaciones de medios y las obligaciones de *skill and care*. En este sentido, FARNSWORTH plantea que la idea generalizada de que el Derecho contractual del *Common Law* recoge un principio de responsabilidad objetiva es una idea equivocada, y que hay muchos casos en los que el deudor es responsable no por no obtener un resultado, sino por no actuar con la debida diligencia (*skill and care*) lo que se da especialmente en los servicios profesionales. En estos casos, la obligación del deudor no es estricta, sólo asume un deber de *best efforts*. Para ilustrar su punto, FARNSWORTH reproduce un extracto de una sentencia de la Corte Suprema de Minnesota de 1978, que vale la pena reproducir aquí: “Architects, doctors, engineers, attorneys, and others deal in somewhat inexact sciences and are continually called upon to exercise their skilled judgement in order to anticipate and provide for random factors which are incapable of precise measurement. The indeterminable nature of these factors makes it impossible for professional service people to gauge them with complete accuracy in every instance (...) because of the inescapable possibility of error which inheres in these services, the law has traditionally required not perfect results, but rather the exercise of that skill and judgement which can reasonably be expected from similarly situated professionals”. Tras ello, FARNSWORTH afirma que “our common law counterpart of the French obligation as to appropriate means is, of course, the duty of best efforts” (FARNSWORTH, E. A., “On Trying to Keep One’s Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law”, *UPLR*, v. 46, 1984-1985, especialmente, pp. 2-4; el paréntesis y los puntos suspensivos, del original).

La correspondencia que existe entre los deberes de *best efforts* (o de *skill and care*) del *Common Law* con las obligaciones de medios del Derecho francés, ha sido puesta de relieve también en trabajos de Derecho comparado. En este sentido, se ha dicho, por ejemplo, que “some common law provisions mirror the French distinction between duty of best efforts and duty to achieve a specific result, setting down for instance that a person who provides a service within his professional activity implicitly undertakes to provide the said service “with reasonable care and skill”” [FAUVARQUE-COSSON, B./MAZEAUD, D. (eds.), *European Private Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier european law publishers, München, 2008. p. 213].

diferenciar el arrendamiento de servicios y el contrato de obra o la distribución de los riesgos del contrato”²⁸⁹. Dicha afirmación es compartida por CHAPPUIS, quien además extiende esta conclusión al *Derecho suizo*, planteando que en éste, el recurso a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado sólo sirve para diferenciar el *contrat d’entreprise* (art. 363 y ss. CO) del *contrat de mandat* (art. 394 y ss. CO). CHAPPUIS señala, en este sentido, que “esta distinción [de las obligaciones de medios y de resultado] [...] es reconocida de forma limitada” y que en los ordenamientos alemán y suizo la distinción entre obligaciones de medios y de resultado “no se la coloca en el centro del debate en relación con la responsabilidad (contractual o extracontractual)”²⁹⁰.

Tales afirmaciones, sin embargo, también requieren ser matizadas. En lo que respecta al Derecho alemán, algunos autores alemanes han reconocido el carácter general de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado²⁹¹. Y en lo que respecta al Derecho suizo, también se ha defendido la utilidad de dicha clasificación de las obligaciones en la teoría general de las obligaciones, no sólo en relación

²⁸⁹ VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 961. Sobre la distinción entre el *Dienstvertrag* (611 y ss. BGB) y el *Werkvertrag* (631 y ss. BGB) valga lo dicho *supra* [83].

²⁹⁰ CHAPPUIS, C., “Les Clauses De Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Les Regles De L’Art Dans Les Contrats Internationaux”, *IBLJ*, n. 3/4, 2002, p. 286.

²⁹¹ “The performance required of a contracting party can consist either of a result (Erfolg): such as in a contract of sale (Kaufvertrag) and a works contract (Werkvertrag); or of an activity (Tdtgkeit): such as contracts for the hire of services (Dienstvertrag) or a company (Gesellschaftsvertrag). In order to determine whether the parties wished to oblige the debtor to produce a result or simply carry out an activity, the contract must be considered as a whole” (WITZ, C./BOPP, T., “Best efforts, reasonable care: considerations de droit allemand”, *IBLJ*, n. 8, 1988, la cita textual en la p. 1035; pero véanse, también, las páginas siguientes).

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

con el problema de la carga de la prueba, sino también para las condiciones de la responsabilidad civil²⁹².

[103] La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, propuesta por DEMOGUE, parece haber tenido una mayor aceptación en *la doctrina jurídica italiana y española*, como se muestra, muy brevemente, a continuación.

[104] En la recepción de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el *Derecho italiano*, es fundamental el extenso estudio de MENGONI (1954)²⁹³. Este autor afirma que en la base de toda obligación existe un interés, un interés que siempre se orienta al cambio o a la conservación de una determinada situación de hecho. A este interés MENGONI le denomina *interés primario*. Así, el interés primario del acreedor (en el caso del acreedor contractual, aquello que lo lleva a contratar) es obtener un determinado *resultado* (el cambio o la conservación de la situación de hecho inicial). Ahora bien, MENGONI precisa que, aun cuando este interés primario está presente en toda obligación, no siempre el contenido de la obligación –es decir, aquello

²⁹² En este sentido, WERRO, F., “La distinction entre l’obligation de résultat et l’obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle”, *RDS*, 1989, pp. 253-299. Este autor, asumiendo la posición tradicional que entiende que el fundamento de la responsabilidad civil es siempre la culpa, que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no altera este punto, sino que explica la presunción de culpa que pesa sobre el deudor en ciertos casos (*cfr.* especialmente, p. 257 y ss.).

²⁹³ MENGONI, L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 185-209 (Parte I), pp. 280-320 (Parts II y III) y pp. 366-396 (Partes IV y V).

Efectivamente, la doctrina italiana reconoce a MEGNONI el mérito de haber introducido la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en el Derecho italiano (*cfr.* por ejemplo, GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, 2.^a ed., 2010, Wolters Kluwer Italia-Cedam, Padova, v. 2, p. 10, nota 15).

que queda protegido *in obligatione*– coincide con dicho interés primario del acreedor. Según MENGONI, esto es lo que ocurre generalmente, por ejemplo, con las prestaciones de médicos o abogados ²⁹⁴. A su juicio, en las llamadas obligaciones *de medios* (que él denomina “de comportamiento”) ²⁹⁵, el “resultado” debido por el deudor no es el “resultado” que el acreedor persigue, sino la actuación diligente, o sea, un actuar conforme a la diligencia de un buen padre de familia o, si se trata de una actividad técnica, un actuar con pericia, esto es, conforme a las reglas del arte ²⁹⁶.

Como afirma ROZZO, y a diferencia de lo que ocurre en la doctrina francesa “[s]egún la doctrina y la jurisprudencia italianas [...] esta distinción [entre obligaciones de medios y de resultado] no es relevante para fines de la aplicación de la disciplina general de las obligaciones y de la responsabilidad contractual, sino que sirve más bien para la identificación de la prestación objeto de la obligación” ²⁹⁷. En este sentido, ROZZO explica que en el Derecho italiano se entiende *que la regla de la diligencia es una regla general de las obligaciones (también en*

²⁹⁴ MENGONI (1954) pp. 184-191.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 208.

²⁹⁶ La consecuencia de este razonamiento es que, en las obligaciones de medios, la diligencia es el contenido de la prestación, y por tanto la “culpa” (falta de diligencia) se identifica con el “incumplimiento” (*ibíd.*, p. 198). Otros aspectos que MEGNONI trata extensamente en este estudio son el límite de la responsabilidad en cada una de las dos categorías de obligaciones (Parte III); la cuestión de la carga de la prueba (Parte IV), y el problema que presenta la obligación de restitución, caracterizada como una obligación de resultado (Parte V).

²⁹⁷ ROZZO SORDINI, P., “Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y abogados en el derecho italiano”, *RDPUCE*, n. 4, 1998, pp. 139-140.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

las obligaciones de resultado)²⁹⁸ y que, a diferencia de la doctrina francesa –que entiende que la contraposición tendría relevancia en materia de responsabilidad (esto es, que en las obligaciones de medios se aplicaría la responsabilidad por culpa, y en las de resultado, se aplicaría la regla de la responsabilidad objetiva)– “la doctrina italiana dominante no acepta la tesis según la cual las obligaciones de medios y de resultado formarían dos categorías distintas. Precisamente, *no se acepta la idea según la cual la indicación de un resultado significaría que el deudor asegura la realización de ese resultado y resulta de todas maneras objetivamente responsable si aquel no es realizado*”²⁹⁹.

[105] En el *Derecho español*, son varios los autores que han estudiado esta clasificación de las obligaciones. Entre ellos, cabe destacar, por ejemplo, a DE ÁNGEL YAGÜEZ/ZORRILA RUIZ (1985)³⁰⁰,

²⁹⁸ “La distinta delimitación de la prestación debida incide sobre el objeto del juicio de imposibilidad: precisamente, en las obligaciones de medios el deudor está exonerado todas las veces que resulte imposible la específica actividad que constituye el contenido de la prestación; al contrario, en las obligaciones de resultado el deudor se encuentra exonerado sólo cuando resulte imposible realizar la finalidad debida mediante cualquier actividad instrumental” (*ibíd.*, p. 141).

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 141. En el mismo sentido, y en general para una presentación sobre el estado actual de esta clasificación en el Derecho italiano GALGANO, *Trattato di diritto civile*, p. 10 y ss.

³⁰⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R./ZORRILA RUIZ, M., “La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado”, *ADC*, n. 38, 1985 (1) pp. 197-208.

JORDANO FRAGA (1991)³⁰¹, LOBATO GÓMEZ (1992)³⁰², CABANILLAS SÁNCHEZ (1993)³⁰³, y VATTIER FUENZALIDA (1997)³⁰⁴.

Dejando de lado la cuestión terminológica, que suele reproducirse en algunos de estos estudios (esto es, el problema de cómo denominar a estas dos categorías de obligaciones)³⁰⁵, el examen de esos trabajos permite afirmar, en apretada síntesis, que la doctrina española admite que existen obligaciones en las que el deudor debe alcanzar un resultado específico, y otras, en las que ello no es necesario. Pero, a la vez, se pone de relieve el problema del criterio que permitiría distinguir unas de otras³⁰⁶, y además se discute que de esa clasificación de las obligaciones se deriven consecuencias distintas en relación con el contenido y la carga de la prueba, o en relación con el fundamento de la responsabilidad contractual.

- i. En efecto, se admite, como principio, que “[l]a diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de fines radica en la necesidad de que la falta de diligencia [...] se pruebe en las obligaciones de medios, y [el hecho de que] se presuma en las

³⁰¹ JORDANO FRAGA, F., “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *ADC*, n. 44, 1991 (1) pp. 5-96.

³⁰² LOBATO GÓMEZ, J. M., “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado”, *ADC*, n. 45, 1992 (2) pp. 651-734.

³⁰³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.

³⁰⁴ Trabajo citado *supra* nota 287.

³⁰⁵ Para una exposición de esta cuestión terminológica (a la que ya me he referido *supra* [97 i]), entre los autores españoles, véase, por ejemplo, JORDANO FRAGA (1991) p. 12 y ss.; y LOBATO GÓMEZ (1992) p. 654 y ss.

³⁰⁶ Sobre el problema del criterio de la distinción, véase, por ejemplo, LOBATO GÓMEZ (1992) p. 697 y ss.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

de resultado”³⁰⁷. Sin embargo, aun cuando esta afirmación podría llevar a pensar que existe una *inversión* en materia de la carga probatoria del incumplimiento, se ha puesto de relieve que en ambas clases de obligaciones *es siempre el acreedor quien ha de probar* el incumplimiento; lo que ocurre es que en las llamadas obligaciones de medios la prueba del incumplimiento supone la prueba de la negligencia³⁰⁸.

ii. Así comprendida la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, suele afirmarse, además, que no hay diferencia en relación con los presupuestos para que surja la responsabilidad civil y para que el deudor se exonere. En este sentido, VATTIER FUENZALIDA, por ejemplo, tras exponer la base de la distinción, expresa: “[e]sto no quiere decir, sin embargo, que existan reglas diferentes sobre la responsabilidad contractual para uno y otro extremo de la dualidad. En ambos es la culpa o diligencia el factor que determina, entre otros, la responsabilidad del deudor (art. 1101 Cód. Civ.) puesto que el precepto no establece, obviamente, la distinción estudiada”³⁰⁹.

³⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ/ZORILLA RUIZ (1985) p. 209. En el mismo sentido, LOBATO GÓMEZ (1992) pp. 713-715.

³⁰⁸ *Cfr.* LOBATO GÓMEZ (1992) p. 125 y ss. En el mismo sentido, JORDANO FRAGA (1991) p. 74 y ss., y VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 963.

³⁰⁹ VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 963. Y, en el mismo sentido, JORDANO FRAGA, quien señala que “[n]o existe [...] ninguna razón verdadera en la que apoyar un régimen específico o distinto de responsabilidad contractual para las obligaciones de medios” [(1991) p. 50 y ss.].

c) La inclusión de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el *soft law*: los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR

[106] Los *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales* (en adelante, Principios Unidroit) contienen dos artículos que se refieren *directamente* a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado: el art. 5.1.4 (*Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos*) y el art. 5.1.5 (*Determinación del tipo de obligación*).

Art. 5.1.4 Principios Unidroit: *“(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.*

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición”

Art. 5.1.5 Principios Unidroit: *“Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:*

(a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;

(b) el precio y otros términos del contrato;

(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

(d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación”.

Como explica FONTAINE –redactor del capítulo 5 de los Principios Unidroit– la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado fue *incorporada consciente y explícitamente* a los Principios Unidroit, en esos dos artículos ³¹⁰, cuestión que también se desprende con facilidad de la lectura de los comentarios oficiales del art. 5.1.4 ³¹¹. Uno podría pensar que la incorporación explícita de la clasificación de las

³¹⁰ En este punto, FONTAINE explica que “[i]n this matter, we have decided to import concepts known in certain legal systems only./ [...] [t]hose provisions [se refiere a los artículos 5.4 y 5.5 Principios Unidroit, que corresponden a los actuales arts. 5.1.4 y 5.1.5, respectivamente] introduce into the Principles the distinction originated in French law between so called “obligations de moyens” and “obligations de résultat” [...] [i]t stresses the fact that a contractual obligation can be assumed with different degrees of intensity. Sometimes the obliged party promises to achieve a specific result [...] [i]n other cases, one merely promises to exert one’s best efforts to perform the obligation [...]./ [t]his distinction has important legal consequences. If there is an obligation to achieve a result, failure to obtain that result presumes fault and constitutes a breach of contract, leaving the defaulting party with the burden of trying to establish an exculpatory cause, such as force majeure. If there is only an obligation of best efforts, dissatisfaction as to the performance received puts the burden on the aggrieved party to prove that the obliged party did not act with the required diligence” (FONTAINE, M., “Content and Performance”, *AJCL*, 1992, p. 648-649).

³¹¹ En el comentario 1 del art. 5.1.4 Principios Unidroit se dice: “[e]l grado de diligencia que se exige a una parte en el cumplimiento de una determinada obligación varía considerablemente de acuerdo a la naturaleza de la obligación. Algunas veces una de las partes está obligada únicamente a emplear su mejor diligencia. En ese caso, dicha parte debe emplear la diligencia de una persona razonable de la misma condición colocada en circunstancias similares, sin garantizar la obtención de un resultado específico. En otros casos, sin embargo, la obligación es más onerosa pues se garantiza la obtención de un resultado específico./ La distinción entre «obligaciones de resultado» y «obligaciones de emplear los mejores esfuerzos» se corresponde con los diversos grados de severidad perfilados en la práctica para valorar el cumplimiento de una obligación contractual” [GARRO, A. (dir. de la versión española) y RODRÍGUEZ OLMOS, M./PERALES VISCASILLAS, P. (colaboradores de la versión española), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, La Ley-Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pp. 176-177.

obligaciones de medios y de resultado a los Principios Unidroit supone un importante reconocimiento a esta clasificación de las obligaciones; no obstante, conviene tener presente que dicha incorporación sigue siendo objeto de críticas³¹².

[107] Por lo que respecta a los *Principios de Derecho contractual Europeo* (en adelante PECL)³¹³, sostiene VATTIER FUENZALIDA que la falta de reconocimiento generalizado de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en Europa –particularmente, en el Derecho inglés y alemán– explicaría su ausencia en los PECL³¹⁴.

No puedo compartir del todo esa apreciación. Si bien es cierto que los PECL no recogen un artículo similar al art. 5.1.4 Principios Unidroit, la clasificación sí está presente en los PECL. Lo que ocurre es que lo está *de forma implícita*, dentro de las reglas referidas al contenido de la obligación. En efecto, el art. 6:102 PECL (*Implied obligations*) establece que el contenido del contrato celebrado por las partes no se limita únicamente a lo que ellas han pactado expresamente en el contrato, sino que además, el contrato puede contener *implied terms*, esto es,

³¹² En este sentido, por ejemplo, ALESSI, quien critica la recepción de la clasificación de medios y de resultado en los Principios Unidroit principalmente porque estima que se trata de una clasificación de las obligaciones “oscura”. Para ALESSI, el hecho de que, en el mismo texto de los Principios Unidroit, se haya creído conveniente aportar ciertos criterios para determinar cuándo hay obligación de medios y cuándo de resultados (art. 5.1.5 Principios Unidroit) confirma que la distinción no es clara. El autor, además, critica la vaguedad de dichos criterios, poniendo en tela de juicio que expresiones tales como “*Los términos en los que se describe la prestación en el contrato*” [del art. 5.1.5 (a) Principios Unidroit] puedan ser de mucha utilidad [cfr. (2005) p. 689 y ss.].

³¹³ LANDO, O./BEALE, H. (eds.) *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

³¹⁴ VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 961.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

cláusulas o términos implícitos³¹⁵. En los comentarios del art. 6:102 PECL se plantea que una de las cuestiones que puede ser necesario determinar es si el contrato ha impuesto al deudor un deber de alcanzar un determinado resultado específico, o si únicamente se requiere de aquél que realice esfuerzos razonables para alcanzarlo, y se dice expresamente que algunos ordenamientos se refieren a ello, mediante la distinción entre obligaciones de medios y de resultado³¹⁶. Y para determinar si el deudor debe un resultado o únicamente debe sus esfuerzos razonables, se propone atender a unos determinados criterios, que son exactamente los mismos que se contienen en el art. 5.1.5. *Principios Unidroit*³¹⁷.

[108] A diferencia de los PECL, en el *Borrador del Marco Común de Referencia* (en adelante DCFR)³¹⁸ la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado aparece recogida de forma *explícita*, pero *no se*

³¹⁵ Art. 6:102 PECL: “In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from/ (a) the intention of the parties,/ (b) the nature and purpose of the contract, and/ (c) good faith and fair dealing”.

³¹⁶ *Comment D* del art. 6:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 303].

³¹⁷ En efecto, tras explicar que puede ser necesario determinar si el contrato ha impuesto al deudor un deber de alcanzar un *determinado resultado específico*, o únicamente se requiere de aquél que realice *esfuerzos razonables para alcanzarlo* (véase nota anterior) se dice: “[i]n determining which is required by the contract, regard may sometimes be had to, among others things,/ (a) the way in which the obligation is expressed in the contract;/ (b) the contractual price and the other terms of the contract;/ (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;/ (d) the ability of the other party (the creditor) to influence the performance of the obligation” [*comment D* del art. 6:102 PECL; LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 304].

³¹⁸ VON BAR, Ch./CLIVE, E. (edits.) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference. Full edition*. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier European Law Publishers, 2009.

recoge en la parte general de los contratos³¹⁹, sino que se recoge a propósito de las reglas relativas a los *contratos de servicio* [Libro IV, Parte C del DCFR (*Services*)]. Dentro de esta regulación del DCFR, los artículos que recogen esta clasificación de las obligaciones de medios y de resultado son los arts. IV.C.-2:105 (*Obligation of skill and care*) y IV.C.-2:106 (*Obligation to achieve result*). No trato de ello en este lugar pues, porque la regulación de los *service contracts* del DCFR es objeto de estudio en el siguiente capítulo, lugar en donde analizo con mayor detenimiento el alcance del reconocimiento de la distinción de las obligaciones de medios y de resultado (*infra* [184] y ss.). Pero desde ya, adelanto, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado *no se utiliza en el DCFR como criterio de delimitación conceptual entre diversos tipos contractuales* de servicios (expresión que ahora empleo en sentido amplio).

En línea con esta exposición –y a pesar de que en la actualidad no parece ser un texto de referencia para la armonización del Derecho contractual europeo– puede ser interesante apuntar la aproximación del borrador del Código Europeo de Contratos (en

³¹⁹ A diferencia de lo que ocurre en los PECL. En efecto, el art. II.-9:101 DCFR (*Terms of a contract*) dispone: “(1) *The terms of a contract may be derived from the express or tacit agreement of the parties, from rules of law or from practices established between the parties or usages.* / (2) *Where it is necessary to provide for a matter which the parties have not foreseen or provided for, a court may imply an additional term, having regard in particular to: (a) the nature and purpose of the contract; (b) the circumstances in which the contract was concluded; and (c) the requirements of good faith and fair dealing [...]*”. Como se puede apreciar, parte del contenido de este artículo corresponde al art. 6:102 PECL. No obstante, en los comentarios del art. II.-9:101 DCFR no hay ninguna sola referencia a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, a diferencia de lo que ocurre en los comentarios del art. 6:102 PECL [*cfr.* VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, pp. 576-582].

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

adelante, CEC)³²⁰. Este texto parece recoger la clasificación de obligaciones de medios y de resultado. Surge así de la lectura del art. 75.3 CEC *en relación con el art. 94.3 CEC*, para las prestaciones de hacer de naturaleza profesional³²¹.

[109] *En conclusión.* Considerando lo dicho hasta aquí, creo que es posible concluir que esta segunda crítica a la utilización de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado como base de un modelo de regulación dual contratos de servicio/de obra, *parece, al menos en cierto grado, atendible: no se trata de una clasificación*

³²⁰ El texto del CEC ha sido elaborado por la Academia de Iusprivatistas de Europa, y es más conocido como “Proyecto Pavía” y como “Código Gandolfi”. Aunque el texto oficial es en francés, existe una traducción (no oficial) disponible en la página web de la Academia de Iusprivatistas de Europa: [<http://www.accademiagiuristieuropei.it>] traducción que, según se indica en el mismo texto, ha sido “efectuado con la supervisión del Prof. José Luis de los Mozos y del Prof. Agustín Luna Serrano, publicada también en la Revista general de legislación y jurisprudencia de Madrid, 2001, fascíc. 4”. De ella se toma el texto de los artículos que se citan a continuación.

³²¹ El art. 75.3 CEC, a propósito de las modalidades de ejecución, señala: *Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza profesional, se la considera cumplida cuando el deudor ha realizado con la diligencia requerida todos los actos que son necesarios para que se obtenga el resultado previsto, salvo que sobre la base del acuerdo entre las partes, de las circunstancias o del uso, sea preciso reputar que el cumplimiento solamente ha tenido lugar si el resultado ha sido plenamente alcanzado*”.

Por su parte, el art. 94.3 CEC señala: *Si se trata de una obligación del tipo de las mencionadas en el artículo 75, párrafo segundo, será considerada como no cumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional solicitada, si ha sido requerida, y además cuando haya acudido en tiempo útil a los técnicos necesarios, así como a los medios, a los instrumentos, a los lugares y a los colaboradores apropiados para el caso* [nota: Como se puede ver, en el texto en español este artículo 94.3 CEC se remite al art. 75 párrafo segundo. Se trata de un error, porque la versión original, en francés, se remite al párrafo tercero del art. 75).

Sobre la recepción de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el CEC, véase LOBATO GÓMEZ, J. M., “El incumplimiento del contrato”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J./CABALLERO, J., *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2003, t. 2, en particular, p. 382 y ss.

pacíficamente admitida en la doctrina, pese a su recepción en los textos de *soft law*.

3. LA TERCERA CRÍTICA: LA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO NO SIRVE PARA DELIMITAR CONCEPTUALMENTE LOS CONTRATOS *DE SERVICIOS Y DE OBRA*

[110] La tercera crítica, que al comienzo se apuntó, al modelo dual (contrato de servicios/contrato de obra) es que el recurso a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado *no* sirve para distinguir los contratos de obra y de servicio *respecto de otros contratos*, y *tampoco sirve* para distinguir los contratos de obra y de servicio *entre sí*. La justificación de esta tercera crítica puede exponerse a partir de los siguientes *cuatro argumentos*, que están concadenados:

- *Primero*, la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado es una clasificación de obligaciones, *no es una clasificación de contratos*. Así pues, no puede decirse que existan contratos de medios y contratos de resultado (sobre todo porque todos los contratos, en la medida que ponen a cargo de una de las partes el pago de un precio, contienen siempre y necesariamente una obligación de resultado, la obligación de pagar el precio). A lo más puede decirse que *hay prestaciones configuradas como de medios o como de resultado* ³²².

³²² En este sentido, TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicio*, p. 230. Y en el mismo sentido, FONTAINE, comentando la recepción de la distinción de las obligaciones de medios y de resultado en los Principios Unidroit, explica que los contratos (cuando son remunerados) combinan obligaciones de los dos tipos: un médico normalmente debe

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

- *Segundo*, la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado –en cuanto atañe al contenido de la prestación– se yuxtapone parcialmente a la clasificación de las obligaciones que distingue entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Y, puesto que se entiende que las obligaciones de dar y de no hacer son siempre obligaciones de resultado, la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado tiene su sede natural en las obligaciones de hacer. De ello resulta que el recurso a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado sólo puede servir, teóricamente, para diferenciar contratos cuya prestación característica consista en un hacer.

Sin embargo, se agrega, el recurso a esta clasificación de las obligaciones de medios y de resultado *no sirve* como criterio de delimitación conceptual del llamado contrato *de obra* –que permita diferenciarlo de otros contratos cuya prestación característica consiste en un hacer– pues existen otros contratos en los que se entiende que la prestación de hacer también es *de resultado* [por ejemplo, las obligaciones del fondista y del mesonero (arts. 1783 y 1784 CC); o las del porteador (art. 1602 CC)]³²³. Y, de la misma manera, el recurso a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado *tampoco sirve* para distinguir el denominado contrato *de servicios* de otros contratos en los que el deudor se obliga a un hacer, puesto que existen otros contratos en los

una obligación de diligencia en el cuidado del paciente; pero éste debe una obligación de resultado en relación con el pago de los honorarios [(1992) p. 650)].

³²³ Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, *La relación de servicios*, p. 249 y ss.

que se entiende que el deudor asume una obligación de hacer *de medios* (como por ejemplo, el contrato de trabajo, o el mandato)³²⁴.

- *Tercero*, y como consecuencia de lo que se acaba de decir, se afirma que la utilidad de esta clasificación de las obligaciones *quedaría limitada* a la distinción entre los contratos *de servicios* y *de obra entre sí* ³²⁵. Y, *sin embargo*, aún limitada a esta finalidad, la utilidad de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado es todavía *discutible* como base para un modelo de regulación de los contratos de servicio (en sentido amplio). Ello, debido a que la mayoría de los problemas de calificación de un contrato como *de servicios* o *de obra*, que se plantean en los tribunales, se refieren a *prestaciones profesionales*, las que, en su gran mayoría, *se caracterizan por una complejidad de obligaciones de resultados y de medios a cargo del prestador del servicio* ³²⁶.

- *Y cuarto*, se dice que, en la medida que el llamado contrato *de servicios* no puede ser conceptualizado a partir del hecho de que la prestación característica sea una obligación de hacer *de medios*, se plantean dos

³²⁴ Cfr. TRIGO GARCÍA, *Contratos de Servicios*, p. 187 y ss.

³²⁵ Así, VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 964.

³²⁶ En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ, *La relación de servicios*, p. 58 y 59. También ORTEGA DÍAZ (2008) p. 249 y ss.; VAQUERO PINTO, *Arrendamiento de servicios*, p. 111; y VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 964.

En este mismo sentido, en el comentario D del artículo 6:102 PECL se expresa: “[t]he distinction [se refiere a la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado] should not serve as a boundary between contracts for the sale of goods and construction contracts on the one hand and contracts for the supply of services on the other. Either contract may contain either type of term” (LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 304).

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

posibilidades teóricas: o bien se le considera como un modelo básico (tipo genérico) de la prestación de servicios, o bien se le puede ver como un contrato residual, una especie de “cajón de sastre”. Pero, se dice, hay buenos motivos para rechazar ambas posibilidades. En palabras de TRIGO GARCÍA, se puede descartar la función de “tipo” o modelo genérico porque:

“[L]a falta de una regulación positiva de la figura en nuestro ordenamiento hace que esta eventual función del contrato de servicios carezca de sentido y que, a la inversa, deba acudir para completar su régimen jurídico a esos otros contratos de prestación de servicios que cuentan con una normativa propia” ³²⁷.

Y se puede descartar igualmente la función de “cajón de sastre”, ya que:

“[E]l supuesto carácter residual del contrato unido a la enorme variedad de actividades comprendidas en su ámbito, lleva a cuestionarse la posibilidad de construcción de una categoría unitaria a efectos de régimen jurídico. Nos encontraríamos, pues, ante un conjunto de situaciones que sólo tendrían en común el carácter de obligaciones contractuales de hacer, subclase obligaciones de medios, y el no quedar integradas en un contrato específico de prestación de servicios”. De continuar esta línea,

³²⁷ TRIGO GARCÍA, *Contratos de Servicios*, p. 146. En un sentido parecido, ORTEGA DÍAZ (2008) p. 266, concluye que: “[c]onsecuentemente, debemos entender que el contrato de servicios debe ser considerado un tipo contractual propio —separado del contrato de obra que se configura como un tipo contractual especial— que debe regular todos los supuestos de hecho que se ajusten al concepto de servicio [...] [n]o obstante, es imprescindible poner de manifiesto que, en la actualidad, encuadrar un determinado contrato dentro del tipo general (contrato de servicios) aporta pocas ventajas pues, no en vano, la regulación de éste en el Código civil es, no sólo imprecisa, sino insuficiente”.

podría llegarse a la conclusión de que la unidad de estas hipótesis no se logra dentro de una figura contractual concreta, sino en la parte general del Derecho de Obligaciones, con la consiguiente desaparición del contrato de servicios como tipo contractual autónomo”³²⁸.

III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INUTILIDAD DEL MODELO DUAL SERVICIOS/OBRA

[111] Llegados a este punto, parece posible concluir que la construcción dual que distingue entre el contrato *de servicios* y el *de obra*, con base en la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, *no ofrece ninguna utilidad como modelo de regulación*. Es más, ese modelo únicamente se introduce un *paso inocuo* en la calificación de una determinada relación contractual, introduciendo el *falso problema* de tener que determinar si el concreto contrato analizado es *de servicios* o *de obra*.

Digo ello, por lo siguiente. La pregunta por cómo se distinguen los contratos *de servicios* y *de obra*, *no se resuelve directamente* recurriendo a la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, ya que previamente hay que preguntarse por el *criterio* que permite calificar una obligación como de medios o como de resultado. Se genera así un efecto que podría denominarse de “muñeca rusa”: la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado *no funciona como criterio de*

³²⁸ TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicios*, p. 146.

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

distinción, sino que se identifica con la dualidad contrato de servicios/contrato de obra.

Y además, hay que tener presente que *ni siquiera existe un criterio definitivo* que permita calificar una determinada obligación como de medios o como de resultado. *En principio, ello depende de la propia voluntad de las partes.* Las partes pueden, con independencia de la prestación concreta de que se trate, configurar en forma más o menos intensa el deber del deudor (o lo que es lo mismo, determinar de forma más o menos amplia cuál es el objeto de la obligación)³²⁹. Sólo en el caso de que no pueda conocerse cuál es la voluntad de las partes en el contrato (por ejemplo, porque no hay una particular distribución de los riesgos) podrá recurrirse a ciertos elementos, más o menos objetivos, para su calificación (así, puede acudirse al *alea* que existe en esa determinada actividad, en relación con la producción del resultado esperado)³³⁰. De ahí que se sostenga que la clasificación de las obligaciones en obligaciones de medios y de resultado, en realidad, se resuelve en la interpretación de los contratos ³³¹.

[112] Lo anterior explica que los “tipos” contractuales *de servicios y de obra* no puedan identificarse *a priori* con ningún tipo de actividad profesional o económica, pues *la calificación del contrato* –si se asume la

³²⁹ Cfr. MAZEAUD (1936) pp. 42-43.

³³⁰ Cfr. LARROUMET, *Droit Civil*, p. 589 y ss. De hecho, este autor, aunque partidario de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, afirma que no hay ningún criterio que sea satisfactorio para calificar una obligación como obligación de medios o como obligación de resultado.

³³¹ VATTIER FUENZALIDA (1997) p. 964.

clasificación de las obligaciones de medios y de resultado– *dependerá del caso concreto*. La práctica de los tribunales españoles lo demuestra. Así, por ejemplo, una persona dedicada profesionalmente a la actividad *de construcción* –actividad en la que se entiende, *generalmente*, que existe una obligación *de resultado*– puede celebrar un contrato de servicios (lo que implica, según lo dicho, que sólo contrae una obligación *de medios*)³³².

Que los contratos de obra y de servicios no puedan identificarse *a priori* con ninguna profesión o actividad económica, puede ser también ejemplificado con la calificación de los contratos celebrados por *profesionales de la medicina*. Tradicionalmente se ha entendido que los médicos se obligan únicamente a un quehacer diligente (o sea, que asumen una obligación *de medios*). No obstante, en la última parte del siglo XX y en los primeros años del siglo XXI es posible hallar una línea jurisprudencial según la cual estos profesionales pueden ser tenidos, en ciertos casos, como obligados a un *resultado* ³³³. Así, comenzó a

³³² “[A]mbas partes hoy en conflicto acordaron verbalmente un arrendamiento de servicios, por medio del cual el actor-apelante (Amador), en el ámbito de su quehacer profesional dedicado a la construcción y ayudado por otros operarios (Agapito y Luis), entró a formar parte del iter constructivo de cuatro naves (con tres módulos cada una de ellas) para una posterior explotación porcina, a realizar en la parcela [...] poniendo tanto aquel, como las personas que con él cooperaron, su trabajo manual a cambio de 15 € la hora laborada por cada uno, sin aportación de materiales pues estos fueron sustancialmente aportados (salvo muy concretas excepciones) por la comitente [...] nos encontramos en el caso con un contrato verbal de arrendamiento de servicios, que no de obra, en el que Amador se comprometió a la realización de un trabajo concreto (*locatio operarum*) y no a la consecución de un resultado (*locatio operis*, propio del arrendamiento de obra)” [SAP de Palencia (Sección 1) de 14 de diciembre de 2009 (640/2009) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. M. Donis Carracedo (FD 3.º)]

³³³ En este sentido, el Tribunal Supremo ha dicho que “*si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus*

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

admitirse por parte del Tribunal Supremo una suerte de distinción entre dos clases de actividades médicas: por un lado, la medicina “asistencial” (enmarcada en el contrato *de servicios*) y por otro lado, la medicina “satisfactiva” (que sería un contrato *de obra*)³³⁴. Aun cuando esta doctrina ha sido revisada recientemente por el propio Tribunal Supremo, afirmando que, *en todos los casos*, la obligación del médico es una obligación de medios, *igualmente se reconoce que siempre cabe que se pacte o garantice el resultado*³³⁵.

servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología [STS (Sala 1.ª) de 28 de Junio de 1999 (Roj 4583/1999) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O’Callaghan Muñoz (FD 3.º)].

³³⁴ En palabras del propio Tribunal Supremo, la distinción es entre “[u]na «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con la «locatio operarum» y una «cirugía satisfactiva» (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquélla con la «locatio operis», esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado” [STS (Sala 1.ª) de 29 octubre de 2004 (Roj 6964/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O’Callaghan Muñoz (FD 2.º)].

³³⁵ Así, la STS (Sala 1.ª) de 20 noviembre de 2009 indicó: “La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo [...] la distinción entre obligación de medios y de resultados («discutida obligación de medios y resultados», dice la STS 29 de junio 2007), no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial [...] La responsabilidad del profesional médico es, por tanto, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto” [(Roj 6873/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Seijas Quintana (FD 2.º)]. Para un comentario a esta doctrina, véase GALÁN CORTÉS, J. C., “Sentencia de 20 de noviembre de 2009: Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la obligación del médico. Reacciones adversas a los medicamentos”, *CCJC*, n. 83, 2010, pp. 1223-1235). En el mismo sentido se pronuncia la STS (Sala 1.ª) de 27 de Septiembre de 2010 (4725/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Seijas Quintana (FD 3.º)].

La consideración jurisprudencial sobre la actividad profesional de los *arquitectos* ofrece otro ejemplo, de que la calificación de un determinado contrato como *de servicios* o como *de obra* no puede hacerse *a priori* ³³⁶.

[113] Por todo lo que se ha dicho hasta aquí, me parece evidente que, así expresado, el problema de tener que calificar un contrato como *de servicios* o como *de obra* es un problema *mal planteado*. En efecto, calificar una relación contractual dada, para determinar si ella tiene cabida dentro de un determinado tipo contractual, tiene sentido, precisamente, porque la tipicidad contractual supone una serie de reglas (imperativas y dispositivas) que ayudan al intérprete (al juez) a integrar el contrato en caso de conflicto entre las partes. Calificar una determinada relación como contrato de servicios o contrato de obra, en los términos en que se hace por la jurisprudencia española en la

Para una exposición general sobre la distinción entre la actividad médica satisfactiva (obligación de resultado) y curativa (obligación de medios) véase, por ejemplo, JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M., “La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español”, *RDPUVCV*, n. 26, 2005, pp. 228-233; y más recientemente, MARÍN VELARDE, A., “Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial”, en LLEDÓ YAGÜE, F./MORILLAS CUEVA, L. (dirs.) *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 53-66.

³³⁶ La doctrina del Tribunal Supremo es bien sintetizada por la SAP de Cádiz (Sección 4) de 1 de Diciembre de 2006: “El Tribunal Supremo si bien inicialmente venía calificando como arrendamiento de servicios el contrato por el que se encarga a un arquitecto un proyecto de construcción, posteriormente se decantó por considerar el contrato como arrendamiento de obra, adoptando finalmente un criterio flexible que partiendo de la consideración de que el contrato profesional del arquitecto halla su ubicación natural en el arrendamiento de obra o servicios no lo encasilla *a priori* en ninguno de estos tipos contractuales dependiendo la calificación de la singular prestación asumida y del contenido que las partes hayan dado a la reglamentación contractual en cada caso” [(2217/2006) Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a I. Montecinos Pidal (FD 1.^o)]

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

actualidad, introduce, pues, *un paso inocuo*, ya que no existe verdaderamente una regulación de referencia, salvo que se trate de un supuesto que quede realmente comprendido en la regulación de las obras por ajuste o precio alzado (art. 1588 y ss. CC), que son los servicios o trabajos *que tienden a un resultado material*³³⁷.

En consecuencia, los aspectos centrales de la relación contractual (como son, por ejemplo, el cumplimiento, la distribución y el soporte de los riesgos, los remedios disponibles en caso de incumplimiento del contrato) *quedarán regidos por los efectos que surjan de la calificación que se haga de la obligación* que se esté analizando. Y en buena lógica, para dar solución a estos problemas *basta con entender que se está en presencia de un contrato atípico, y recurrir a las reglas generales del Derecho de obligaciones*. Los pretendidos contratos *de servicios y de obra*, se diluyen en la calificación de la obligación característica del contrato.

³³⁷ En este sentido, por ejemplo, VAQUERO PINTO, quien, descartando una distinción dual entre contrato de servicios y contrato de obra, propone más bien que el contrato de obra es una especie del genérico “servicios”, *cuya especialidad se justifica únicamente en el hecho de que interviene un resultado material*, y que del hecho de que intervenga un resultado material se derivan ciertos conflictos que requieren soluciones, que son las que el Código Civil aborda en la sección segunda (*cfr. Arrendamiento de servicios*, p. 158 y ss.).

ORTEGA DÍAZ destaca que la expansión del concepto de “obra” a las prestaciones que no se plasman en un resultado material –expansión que se explica por el deseo de beneficiarse de una regulación– no implica que las reglas contenidas en la sección segunda les sean aplicables. Según ORTEGA DÍAZ, a esos servicios que no se plasman en un resultado material únicamente podría serles de aplicación el art. 1594 CC [*“El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”*], aunque advierte que no es necesario alterar el concepto de obra para alcanzar ese efecto, pues la *ratio* de la norma del art. 1594 CC justificaría igualmente su aplicación a cualquier prestación de servicios [ORTEGA DÍAZ (2008) pp. 230-231].

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[114] Las principales conclusiones de este capítulo, son las siguientes:

1. El modelo dual contrato de servicios/contrato de obra, construido sobre la base de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, puede ser puesto en tela de juicio. Las críticas a esta construcción dual pueden sintetizarse en tres: *i)* que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no está expresamente recogida en el Código civil; *ii)* que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es una clasificación que no goza de general aceptación por parte de la doctrina; y *iii)* que aún admitiendo la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, ella no sirve para delimitar conceptualmente, con claridad, los denominados contratos de servicio y de obra, pues, por un lado, existen otros contratos en los que el deudor se obliga a prestar un servicio (en un sentido amplio) y que no quedan cubiertos por ese modelo dual; y por otro lado, porque contratos de prestaciones de servicios profesionales, que son los que más problemas plantean en la práctica, pueden ser caracterizados como complejos, en el sentido de que el deudor asume frente al acreedor, ciertas obligaciones de resultado y ciertas obligaciones de medios. Tales críticas son, en mi opinión, atendibles.

2. *Por otro lado*, el estudio que, con motivo de esas críticas que se han planteado al modelo dual (contratos de servicios/contratos de obra), se ha realizado sobre el origen y la posterior recepción de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, sugiere la

4. El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

siguiente conclusión: es cierto que desde sus orígenes esta clasificación doctrinal de las obligaciones ha encontrado detractores, pero las críticas más importantes apuntan a la terminología empleada y a su potencial utilidad en la distribución de la carga de la prueba del incumplimiento. En la medida que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado se entiende como una forma de explicar que el contenido de la obligación contractual de una de las partes *no necesariamente coincide con el interés que ha llevado a la otra a contratar* (esto es, su interés primario), parece haber menos reparos en admitirla.

Desde esta perspectiva –y con independencia de que se comparta o no la terminología empleada de “medios” y de “resultado”– *no parece que se pueda descartar de plano la realidad de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*. En efecto, no existe una base justificada para entender que toda obligación sea de resultado (en el sentido de que el deudor deba siempre garantizar la satisfacción del interés primario del acreedor), ni siquiera como una regla por defecto³³⁸. Es esta forma de comprender la clasificación de las obligaciones la que, creo, permite explicar su incorporación a importantes textos supranacionales, como son los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR.

³³⁸ Tal comprensión, me parece, puede ser consecuencia de explicar el Derecho contractual tomando como punto de referencia (o modelo) el contrato de compraventa, en el que, por ser la obligación característica del contrato una obligación *de dar*, el vendedor siempre está obligado a un resultado (o dicho de otro modo, en el que el contenido de la prestación del deudor –vendedor– coincide sustancialmente con el interés primario del acreedor –comprador–).

[115] Lo que hasta aquí se ha dicho, parece ser suficiente razón para abandonar el modelo dual de contrato *de servicios*/contrato *de obra*. La pregunta que dicho abandono plantea es, *sobre qué bases puede construirse otro modelo de regulación de los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios* (en sentido amplio). La regulación de los *service contracts* del DCFR podría ofrecer un punto de partida para ello. Y de hecho, la regulación de los *service contracts* del DCFR se ha comenzado a estudiar por un sector de la doctrina española, y hoy se sabe que está en la base de un borrador de anteproyecto en el que trabaja actualmente la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (sobre este borrador, *infra* [118] ii; y nota 357). Por todo lo anterior, el siguiente capítulo, último de esta primera parte de la tesis, tiene por objeto el estudio del modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR.

CAPÍTULO 5

La regulación de los *service contracts* del DCFR

I. INTRODUCCIÓN

1. EL OBJETO Y LA FINALIDAD DEL ESTUDIO

[116] El objeto principal de estudio de este capítulo es la regulación de los *service contracts* del DCFR. La regulación a la que me refiero es la que se contempla en el Libro IV del DCFR (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) Part C. Services (arts. IV.C.-1:101 a IV.C.-8:111)³³⁹. En adelante, para referirme a esta regulación utilizaré simplemente la expresión *service contracts*.

³³⁹ El DCFR consta de diez Libros. Mientras que los Libros II y III se ocupan de lo que denominaríamos teoría general del acto jurídico y del contrato, y de la teoría general de las obligaciones, el Libro IV regula lo que denominaríamos parte especial de los contratos. El Libro IV del DCFR comprende la compraventa (*Part A. Sales*); el arrendamiento de cosas (*Part B. Lease of goods*); los contratos de servicio (*Part C. Services*); los contratos de mandato (*Part D. Mandate Contracts*), los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución (*Part E. Commercial agency, franchise and distributorship*); los contratos de préstamo (*Part F. Loan contracts*); las garantías personales (*Part G. Personal security*) y la donación (*Part H. Donation*).

Pues, el propio DCFR utiliza la expresión *service contracts* ³⁴⁰. Además, me parece adecuado hablar de *service contracts* –así en plural– para referirme a esta regulación del DCFR dado que, como se muestra más adelante, dicha expresión *no se utiliza para referirse a un contrato*, sino a una *categoría de contratos*. Y por último, prefiero utilizar la expresión en inglés, a fin de evitar la lectura restrictiva que resultaría de entender los *service contracts* del DCFR como una categoría equivalente a la de los *contratos de servicios* del modelo dual del Derecho español (contrato de servicios/ contrato de obra) descrito en los capítulos anteriores.

[117] La finalidad del estudio de los *service contracts* del DCFR es determinar la *utilidad* que este modelo puede prestar en relación con la *modernización del Derecho contractual español*. El análisis se enmarca, por tanto, en uno de los objetivos declarados por los propios redactores del DCFR: el de servir de fuente de inspiración de reformas a nivel nacional, en materia de Derecho Privado³⁴¹.

Como se sabe, además de servir de fuente de inspiración de reformas a nivel nacional, el DCFR tiene otros varios propósitos³⁴². Uno de ellos es el de servir de base para una legislación a nivel

³⁴⁰ Por ejemplo, en el epígrafe del *Chapter 2* de esta *Part C. Services* (“*Rules applying to service contracts in general*”).

³⁴¹ “The drafters of the DCFR nurture the hope that it will be seen also outside the academic world as a text from which inspiration can be gained for suitable solutions for private law questions. Shortly after their publication the Lando Group’s Principles of European Contract Law (PECL), which the DCFR (in its second and third Books) incorporates in a partly revised form, received the attention of many higher courts in Europe and of numerous official bodies charged with preparing the modernisation of the relevant national law of contract. This development is set to continue in the context of the DCFR” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 4].

³⁴² Sobre estos propósitos, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, pp. 3-4.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

europeo, función que se ha denominado *tool-box* (“caja de herramientas”). De ahí que a este texto se le denomine *draft* (“proyecto” o “borrador”) de un Marco Común de Referencia.

Aun cuando el estudio del DCFR que se hace en este capítulo no se relaciona específicamente con ese propósito, creo importante apuntar aquí, aunque sea mínimamente, que la idea de un CFR “político” fue planteada por la Comisión Europea en Enero de 2003³⁴³, y que el trabajo de los grupos académicos redactores del DCFR fue parcialmente financiado por la Comisión Europea. Sin embargo, el DCFR excedió el mandato original de la Comisión³⁴⁴.

Tras la publicación del DCFR, el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*³⁴⁵ volvió a plantear diversas alternativas en relación con la naturaleza jurídica que podría tener un instrumento europeo de Derecho contractual, desvinculándose del

³⁴³ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción* [COM 68 (2003) final (12.2.2003)]. Sobre este Plan de Acción, véase HESSELINK, M., “The European Commission’s Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?”, *ERPL*, 4-2004, pp. 397-419. En español, véase, por ejemplo, CAMPUZANO DÍAZ, B., “Un plan de acción para un Derecho Contractual Europeo más coherente”, *AMDÍ*, n. 4, 2004, pp. 290-309.

Sobre las posibles funciones y propósitos de un CFR político, véase BEALE, H., “The Nature and Purposes of the Common Frame of Reference”, *JILR*, 14/2008, pp. 10-17.

³⁴⁴ Sobre la brecha que existe entre el mandato original de la Comisión Europea en vistas a la confección de un Marco Común de Referencia en el ámbito del Derecho de los contratos, y el resultado de los esfuerzos académicos de los distintos grupos que han ido desarrollando esta idea, y que se plasman en el DCFR, véase INFANTE RUIZ, F., “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, *Indret* 2/2008, en particular, pp. 36-37, en las que el autor ilustra con un cuadro lo que él denomina “desbordamiento” del CFR académico respecto del mandato original de la Comisión Europea.

³⁴⁵ COM (2010) 348 final (1.7.2010)

modelo de código adoptado por el DCFR³⁴⁶. Aunque la idea de un futuro Código civil europeo o un Código de contratos sigue en teoría sobre la mesa, se trata de *una opción entre muchas otras*³⁴⁷. Por lo demás, da la impresión que, de momento, se prefiere explorar otras opciones, de lo que es prueba la *Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea*, del año 2011 (la PR CESL)³⁴⁸.

[118] En mi opinión, la *utilidad* que puede ofrecer el análisis del modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR en relación con

³⁴⁶ Sobre este punto, véase VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión europea, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, v. 5, 2013 (1) especialmente pp. 202-203.

³⁴⁷ En dicho *Libro Verde*, se plantea que la naturaleza jurídica de un instrumento sobre Derecho contractual europeo “podría oscilar entre un instrumento no vinculante, dirigido a mejorar la coherencia y calidad de la legislación UE, y un instrumento vinculante que fijara una alternativa a la actual pluralidad de regímenes jurídicos contractuales nacionales, proporcionando un conjunto único de normas jurídicas contractuales” (4.1) y entre estas opciones, se plantea la de un “Reglamento de creación de un Código civil” (opción 7). Otra vía que se plantea en el *Libro Verde* es la de un *instrumento opcional* (opción 4). En relación con esta alternativa –la de un instrumento opcional– se ha puesto de relieve que el DCFR presenta todavía muchas limitaciones para que pueda considerársele listo para cumplir adecuadamente tal rol [*cfr.* MAUGERI, M., “Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?”, *ERCL* 2/2011, pp. 219-228; y en un sentido parecido, MELI, M., “The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law”, *ERCL*, 2/2011, pp. 229-234]. Para un análisis crítico de las diversas opciones, véase, por ejemplo, AUGENHOFER, S., “A European Civil Law – for Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument”, *ERCL*, 2/2011, pp. 195-218.

³⁴⁸ COM (2011) 635 final (11.10.2011). Para una presentación sintética de esta Propuesta, véase, por ejemplo, GÓMEZ POMAR, F./GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *Indret* 1/2012; y VALPUESTA GASTAMINZA (2013).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

la modernización del Derecho contractual español *se puede proyectar en dos niveles* distintos, que, entiendo se encuentran muy relacionados.

En un primer nivel –el más evidente– la regulación de los *service contracts* del DCFR puede servir como modelo para rediseñar y modernizar la regulación de los contratos de servicio (en un sentido amplio) en el Derecho español.

En mi opinión, estudiar los *service contracts* del DCFR, con esta finalidad, es oportuno y está justificado por *dos motivos*:

i. *El primer motivo* es que se observa un creciente interés, por parte de la doctrina española, por estudiar la regulación de los *service contracts* del DCFR, aunque los trabajos hayan sido, hasta ahora, relativamente escasos. Entre ellos, puede citarse, destacadamente, el libro de VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ (coords.) *Derecho Europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia* ³⁴⁹. En este libro, varios autores participan en los comentarios de los *service contracts*, pero la gran mayoría de ellos son de autoría de P. DE BARRÓN ARNICHES ³⁵⁰, quien ha analizado esta regulación de los *service contracts* del DCFR en otros varios trabajos ³⁵¹.

³⁴⁹ VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ (coords.) *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier, Barcelona, 2012, t. 2. En este libro, el análisis de la *Part C. Services* del DCFR ocupa algo más de doscientas páginas (pp. 1137-1379).

³⁵⁰ Los autores que realizan estos comentarios son: DE BARRÓN ARNICHES, P. [Capítulo 1. Disposiciones generales (pp. 1137-1151); Capítulo 2. Normas aplicables a los contratos de servicios en general (pp. 1153-1205); Capítulo 3. Construcción (pp. 1207-1229); una parte del Capítulo 5. Depósito (pp. 1247-1279); Capítulo 6. Diseño (pp. 1281-1297); Capítulo 7. Información y asesoramiento (pp. 1299-1319)]; VAQUER ALOY, A. [Capítulo 4. Mantenimiento (pp. 1231-1246)]; COSIALLS UBACH, M. [una parte del Capítulo 5. Depósito (pp. 1247-1279)]; y RAMOS GONZÁLEZ, S. [Capítulo 8. Servicios médicos (pp. 1321-1379)].

Otros autores que han estudiado los *service contracts* del DCFR de forma general son ARROYO I AMAYUELAS ³⁵², CRESPO MORA ³⁵³ y VALPUESTA GASTAMINZA ³⁵⁴.

Fuera de los anteriores trabajos, hay algunos otros en los que se abordan algunos específicos aspectos de la regulación de los *service contracts* del DCFR ³⁵⁵. Por último, hay, desde luego, algunos

Desde el punto de vista metodológico, el análisis que de los artículos del DCFR ofrece este libro se estructura en tres partes: *primero* se ofrece una traducción al español del artículo, *luego* se explica el contenido (básicamente reproduciendo los comentarios oficiales del DCFR) y *finalmente* se considera una sección, breve, que estudia la compatibilidad del artículo en cuestión con el Derecho español.

³⁵¹ Estos trabajos son: el ya referido DE BARRÓN ARNICHES (2008); “Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR”, en BOSCH CAPDEVILA, E. (coord.) *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009, pp. 475-490; “El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil Español”, *BMJ*, año LXV, n. 2134, sept., 2011, pp. 1-17; y la monografía *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Reus, Madrid, 2011.

³⁵² ARROYO I AMAYUELAS, E., “Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (edit.) *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya (Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona, 2012, pp. 183-226.

³⁵³ CRESPO MORA, M.^a C., “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 320, 2011, pp. 45-58; y también en “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el derecho español y en el DCFR”, en BOSCH CAPDEVILLA, E., *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 577-590.

³⁵⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Capítulo 8. Libro IV. C. Servicios”, en EL MISMO (coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 255-291.

³⁵⁵ Por ejemplo: ALONSO PÉREZ, M.^a T., “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho contractual Europeo)”, *Indret* 3/2012; CRESPO MORA, M.^a C., “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *Indret* 2/2013; FERRER I RIBA, J., “Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (edit.) *Contractes, responsabilitat*

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

trabajos en los que se hace alguna referencia incidental a esta regulación del DCFR³⁵⁶.

ii. *El segundo motivo*, que justifica el estudio de los *service contracts* del DCFR, es que hoy se sabe que la Sección Civil de la Comisión General de Codificación está utilizando esa regulación *como modelo para una propuesta de reforma del Código civil en materia de contratos de servicio*³⁵⁷.

extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya (Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa), Girona, 2012, pp. 227-238.

³⁵⁶ Por ejemplo, VAQUER ALOY, quien se refiere a los *service contracts* del DCFR, comparando esta regulación con el modelo dual español contratos de servicios/contratos de obra [en VAQUER ALOY, A., "La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual Europeo", en DE BARRÓN ARNICHES, P. (dir.) *Ejercicio de las Profesiones liberales y responsabilidad civil*, Comares, Granada, 2012, pp. 1-26]. El mismo autor se refiere también al modelo del DCFR, aunque de forma tangencial, en otro trabajo a propósito de la forma en que se determina la existencia de conformidad en el cumplimiento de los distintos tipos de contratos [VAQUER ALOY, A., "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *ADC*, n. 64, 2011(1), particularmente, p. 29 y ss.]. En estos dos trabajos (en las páginas citadas) el autor se refiere especialmente a la recepción de la clasificación de medios y de resultado en el modelo de los *service contracts* del DCFR, y sobre cómo ello incide en la noción de incumplimiento y la responsabilidad (sobre este punto, véase *infra* [252] y ss.). Por último, cabe destacar que esas mismas ideas han sido expresadas en un trabajo más reciente [VAQUER ALOY, A., "Spain: Modernising Performance and Non-performance" en SCHULZE, R./ZOLL, F. (eds.) *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*, Sellier european law publishers, Munich, 2013, pp. 431-458 (especialmente, pp. 447 y ss.)].

³⁵⁷ Aunque a la fecha no han sido publicados oficialmente los estados de avance del trabajo, uno de los miembros de la mentada Sección civil, J. A. ESCARTÍN, ha dado cuenta de este trabajo –que por ahora tiene la calidad de un *borrador de anteproyecto*– en un artículo que vio la luz a fines del año 2012 [ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., "El contrato de servicios", en PRATS ALBENTOSA, L. (coord.) *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012, t. III-1, pp. 603-659]. En la segunda parte de su artículo, ESCARTÍN IPIÉNS ofrece una síntesis de las ideas que están en la base de este borrador, incluyendo la transcripción de los artículos propuestos (p. 631 y ss.).

En relación con este primer nivel de análisis, lo que me interesa mostrar es que el modelo de regulación de los *services contracts* del DCFR supone un *avance* en relación con el modelo vigente en el Derecho español, pero es un modelo, el del DCFR, que tiene igualmente algunas *sombras*.

En un segundo nivel –menos evidente que el anterior– me parece que la regulación de los *service contracts* del DCFR puede ofrecer un *contrapunto a la interpretación modernizadora que en materia de obligaciones y contratos se está llevando a cabo en la actualidad*, y que se conoce como el “nuevo Derecho de la Contratación” ³⁵⁸. Me explico. Como es ampliamente sabido, este proceso de modernización del Derecho de obligaciones y contratos ha tomado como modelo a la regulación de la compraventa de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, adoptada el 11 de abril de 1980 (en adelante CISG)³⁵⁹, y la ha tomado como modelo especialmente en lo atañe a la reinterpretación de la noción del incumplimiento contractual y de los remedios frente al incumplimiento (esto es, la responsabilidad contractual en sentido

³⁵⁸ Ese es el nombre que MORALES MORENO utiliza para designar lo que describe como “la corriente renovadora del derecho de las obligaciones”, corriente en la que se sitúan “los cambios que se han producido en el modo de entender la vinculación contractual, el incumplimiento y sus consecuencias”, y que, como explica el autor, no sólo tiene lugar en el Derecho español sino que “se han producido y se están produciendo en un ámbito superior: el del derecho uniforme, el comunitario de la Unión Europea, y en general en el derecho comparado” (MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas Aranzadi, Navarra, 2006, p. 18).

³⁵⁹ A la que España adhirió por instrumento de adhesión de fecha 17 de julio de 1990 (BOE n. 26 de 30/1/1991). Entró en vigor en España el 1 de agosto de 1991.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

amplio)³⁶⁰. Ello supone una suerte de *generalización* de unas soluciones pensadas para un contrato en particular –la compraventa de mercaderías– a todos los demás contratos³⁶¹. Es posible, sin embargo, preguntarse si tal generalización es razonable. Y en particular, cabe preguntarse si un régimen de responsabilidad contractual (en sentido amplio) construido sobre la base del modelo de la compraventa de mercaderías resulta adecuado para describir y explicar a los contratos de servicios.

En mi opinión, la generalización del régimen de responsabilidad de la CISG –y particularmente, su extensión a los contratos servicios– puede justificarse, teóricamente, asumiendo una perspectiva económica *tradicional*. Esto es, que el mercado es un mecanismo en el que se *compran y venden bienes y servicios*³⁶²,

³⁶⁰ En palabras de MORALES MORENO: “en el ámbito de la responsabilidad contractual, el instrumento jurídico que sin duda mayor influencia ha ejercido es la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías [...] [l]a CISG se ha convertido en un modelo razonable de tratamiento de los problemas del incumplimiento y de la responsabilidad contractual, adecuado a las exigencias del tráfico actual, y en cierta medida, sintetizador y superador de diferencias entre los sistemas jurídicos continentales y el angloamericano” (MORALES MORENO, *La modernización*, p. 26).

³⁶¹ En este punto, las palabras de MORALES MORENO son elocuentes y por ello, vale la pena, una vez más, reproducirlas: “[a]unque [la] materia [de la CISG] sea la compraventa internacional de mercaderías, en el régimen de este contrato están presentes los grandes problemas de construcción del sistema de responsabilidad contractual” (MORALES MORENO, *La modernización*, p. 26).

³⁶² “[El mercado es] un mecanismo por medio del cual los *compradores* y los *vendedores* interactúan para fijar los precios e intercambiar *bienes y servicios*” [SAMUELSON, P./NORDHAUS, W., *Economía*, 17.ª ed., McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2002, p. 22 (cursivas añadidas)]. Otros textos de economía ofrecen definiciones similares: “markets are the means by which *buyers and sellers* carry out exchange [...] goods and services are bought and sold in product markets” [MCEACHERN, W., *Economics: A Contemporary Introduction*, 9.ª ed., South-Western Cengage Learning, Mason, USA, 2012, p. 4 (cursivas añadidas)].

y en consecuencia, que los “servicios” son (una especie de) “bienes” que se puede intercambiar y adquirir en el mercado³⁶³.

Esa percepción tradicional sobre la naturaleza de los servicios (servicios como bienes) está estrechamente vinculada con la idea de que la economía moderna está basada en la producción e intercambio de bienes de consumo, es decir, la economía propia de una *sociedad industrializada*. Y en la medida que el contrato es el instrumento jurídico que permite el intercambio de bienes y servicios en el mercado ³⁶⁴, se entiende la preferente atención que,

³⁶³ En efecto, al desglosar la expresión “bienes y servicios”, los economistas suelen, tradicionalmente, definir el “servicio” en forma negativa, a partir de la ausencia de alguna de las características o propiedades que se atribuyen a los “bienes”, principalmente la materialidad. Así, los *bienes* suelen ser descritos como productos *materiales* o *tangibles*, mientras que los *servicios* son conceptualizados como productos *inmateriales* o *intangibles*. En este sentido, como afirma HILL “[t]he economics literature is full of statements to the effect that goods are material, or tangible, whereas services are immaterial, or intangible” (HILL, P., “Tangibles, intangibles and services: a new taxonomy for the classification of output”, *CJE*, v. 32, n. 2, april, 1999, p. 426). Aunque se han propuesto otros criterios técnicos para distinguir los *bienes* de los *servicios*, la mayoría de estos criterios son derivados de la intangibilidad. Así, por ejemplo: la consideración del “servicio” como un producto que “perece en el mismo instante en que se produce”; como un producto que “no puede almacenarse” o como un producto “que no puede transportarse” [para una exposición crítica de ellos, véase GARDLEY, J., “The characterization of goods and services: an alternative approach”, *RIW*, Series 46, n. 3, September, 2000, pp. 370-371].

Por lo dicho, se entiende que “the distinction between goods and services assumed less importante, however, among neo-classical economists until today it is usually regarded as trivial [...] present day economist tend to describe them as «inmaterial goods» or simply «goods»”(HILL, P., “On Goods and Services”, *RIW*, v. 23, n. 4, 1977, p. 315). En un sentido parecido, se ha afirmado que, desde la perspectiva económica: “One could take the view that [...] what really matters is that products are being produced and sold, and the efforts to break down products into goods and services thus not be very meaningful” [HOEKMAN, B./STERN, R., “Evolving patterns of Trade and Investment in services”, en HOOPER/RICHARDSON (edits.) *International Economics Transactions*, The University of Chicago Press, 1991, p. 238].

³⁶⁴ El rol instrumental del contrato en el funcionamiento del mercado, así entendido, es un axioma. En este sentido, por ejemplo, LASARTE afirma que “la mayor parte de tales intercambios [de bienes y servicios] constituye la base de lo que los juristas

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

desde la vereda jurídica, se presta a la compraventa como modelo ³⁶⁵.

En la actualidad, sin embargo, las economías desarrolladas se describen como *sociedades posindustriales* ³⁶⁶. Estas sociedades posindustriales están caracterizadas, entre otras cosas, porque en ellas se ha pasado de una economía productora de mercancías a una economía “productora de servicios” ³⁶⁷. En esta nueva “era”, la

denominan contrato: esto es, el acuerdo en realizar un determinado intercambio de un bien o servicio cualquiera por otro bien o servicio [...] [a]sí pues, en principio, un contrato es fundamentalmente la «*veste jurídica*» de una operación económica consistente en un intercambio de bienes o de servicios” [LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, 14.^a ed., Marcial Pons, 2011, t. 3 (Contratos) pp. 3-4].

³⁶⁵ Atención especial o preferente que también recibe en el DCFR. En este sentido, los redactores del DCFR señalan, en la regulación de la compraventa, que “[t]here are good reasons for giving special attention to the rights and obligations of the parties under contracts for the sales of goods. Not only has the contract for the sale of goods served as the paradigm for contracts in general, but is also probably the most common contract, and certainly the most common consumer contract, that there is” [*comment A* del art. IV.A.-1:101 DCFR (*Scope*); VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, pp. 1207-1208].

³⁶⁶ La *sociedad posindustrial* puede definirse como una “fase de la sociedad moderna en que la gran industria ha sido desplazada como sector predominante por la tecnología avanzada, los servicios, la informática y las actividades financieras y especulativas” (definición de la RAE para la voz: “*posindustrial*”). La expresión *sociedad posindutrial* –utilizada para describir el estado de unas determinadas economías (particularmente, la estadounidense y las de las naciones de Europa occidental)– comienza a acuñarse en la década de los años setenta del siglo pasado. La expresión suele atribuirse al sociólogo francés Alain TOURAINE. TOURAINE abrió su trabajo seminal con la siguiente afirmación: “Hoy, un nuevo tipo de sociedad se está formando. Estas nuevas sociedades pueden ser calificadas como posindustriales, para destacar cuan diferentes son de las sociedades industriales que las han precedido, aunque, tanto en las naciones socialistas como en las capitalistas, ellas conservan algunas de las características de estas sociedades previas” [*La société posindustriale*, Denoël, Paris, 1969; publicado en inglés en 1971: *The post-industrial society. Tomorrow's Social History: Classes, Conflicts and Culture in the programmed society*, translated by L. Mayhew, Random House, New York, 1971, que es la versión consultada, p. 3].

³⁶⁷ “El cambio de una economía productora de mercancías a otra productora de servicios”, es una de las cinco dimensiones o componentes del término “sociedad

propia noción de mercado y de propiedad se pone en entredicho: se afirma que las personas no tienen tanto interés en adquirir la *propiedad* de ciertos bienes como en poder *acceder a ellos* ³⁶⁸. Por otro lado, y en sintonía con la importancia de los servicios en la actualidad, en la literatura económica moderna se viene proponiendo, en contra de la visión tradicional, que la noción de “servicio” puede –y debe– ser caracterizada con independencia de la noción de “bien”. O dicho de otro modo, que el “servicio” no es un “bien”, y que, por tanto, no debe considerarse como algo que pueda *adquirirse* en el mercado ³⁶⁹.

posindustrial”, según el sociólogo estadounidense Daniel BELL, cuyos trabajos han ayudado a expandir el uso de la expresión *sociedad posindustrial*. BELL aclara que, cuando se habla de “servicios” de la sociedad postindustrial, no se está pensando en servicios domésticos, ni en los servicios auxiliares de la producción (propios de una sociedad industrial) sino en otros servicios, entre los que se cuentan los personales (tiendas minoristas, lavanderías, garajes), los de negocios (banca, financiamiento, seguros), transporte, comunicaciones, educación, investigación, etc. [cfr. BELL, D., *The coming of post-industrial society. A venture in social forecasting*, Basic Books, New York, 1973, pp. xciii-xciv].

³⁶⁸ Para ilustrar este punto, el economista J. RIFKIN propone un ejemplo: observar el cambio de relaciones entre los bienes y los servicios que les acompañan. En sus palabras: “[m]ientras que durante la mayor parte de la era industrial se ponía el énfasis en la venta de bienes y como incentivo para la compra se daban garantías de una disposición o uso libre de los servicios, ahora se invierte la relación entre bienes y servicios. Un número creciente de negocios malvenden o literalmente regalan sus productos con la esperanza de entrar en una relación de servicio a largo plazo con esos clientes” [RIFKIN, J., *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 16].

³⁶⁹ Entre los economistas que han analizado la noción de “servicio”, subrayando su carácter conceptualmente autónomo respecto de la noción de “bien”, destaca el inglés Peter HILL [(1977) y (1999)]. Para HILL, un “bien” (*good*) puede ser definido como “*a physical object which is appropriable and, therefore, transfereable between economics units*” [(1977) p. 317]. Por su parte, para HILL un “servicio” (*service*) puede ser definido como “*a change in the condition of a person, or a good belonging to some economic unit, which is brought about as the result of the activity of some other economic unit, with the prior agreement of the former person or economic unit*” (*ibíd.*, p. 318). HILL explica que, cualquiera que sea la actividad que realiza el prestador del servicio, ella debe impactar directamente en quien lo recibe en la forma de *un cambio*

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

En relación con este segundo nivel de análisis, creo que el estudio de los principales *aspectos sustantivos* de la regulación de los *service contracts* del DCFR pone de relieve que la estructura obligatoria, que caracteriza a los contratos que tienen por objeto un servicio, *difiere significativamente de la estructura obligatoria del contrato de compraventa*. Y si esto es así, un modelo general de *responsabilidad*

en la condición o estado de éste. El mero desarrollo de una actividad no es suficiente si quien recibe el servicio no es afectado de alguna manera, y agrega que en la mayoría de los casos, *este cambio puede ser observado comparando la condición en que se encuentra la persona o los bienes que le pertenecen antes y después del servicio*. En este sentido, agrega, es muy importante distinguir entre el “proceso” de servicio y el “producto” del servicio. El *proceso* de producir un servicio es *la actividad* que afecta (que se desarrolla “en” o “sobre”) la persona o los bienes, mientras que *el “producto” del servicio es el cambio en la condición* de la persona o bienes (*cfr. ibíd.*, pp. 318-319). Habiendo trazado esas características, HILL plantea que los “servicios” no deben ser considerados “bienes” porque corresponden a categorías lógicas distintas, y en consecuencia, los modelos económicos basados en el intercambio de bienes son inadecuados e irrelevantes para tratar los servicios. En sus palabras, que vale la pena reproducir: “When a service is provided by one economic unit for another, nothing is actually exchanged between them in the way that the ownership of goods is transferred from one unit to another. *It is, therefore, quite inappropriate to think of services as “immaterial goods” which can be traded on markets. Goods and services belong to quite different logical categories.* For example, the transport of goods from one location to another is a clear example of a service, but the change of location is not to be regarded as an “immaterial good” as if it were some kind of ghosly vehicle. A surgical operation is not some kind of immaterial drug [...] Such statements are nonsense” (*ibíd.*, p. 319; cursivas añadidas).

Otro economista que ha subrayado esta diferencia entre el “bien” y el “servicio” es el francés Jean GADREY [“Le service n’est pas un produit: quelques implications pour l’analyse économique et pour la gestion”, *PMP*, v. 9. n. 1, 1991, pp. 1-24; y también GADREY (2000)]. Para GADREY, la definición de P. HILL sólo cubre una clase de servicios: aquellos que denomina de “*aid or intervention*”, y que se caracterizan porque la parte que recibe dicha ayuda o intervención *la ha solicitado previamente*. GADREY identifica otras dos clases o categorías de actividades de servicios [*cfr.* (2000) pp. 381-382], y por lo mismo, ensaya una definición más amplia. En sus palabras: “[a]ny purchase of services by an economic agent B (whether an individual or organization) would, therefore, be the purchase from organization A of the right to use, generally for a specified period, a technical and human capacity owned or controlled by A in order to produce useful effects on agent B or on goods C owned by agent B or for which he or she is responsible” (*ibíd.*, pp. 382-383).

contractual que esté basado en el intercambio de un *bien por dinero* –que es precisamente el que puede construirse a partir de la compraventa de mercaderías– puede no ser adecuado (o al menos requerir algunos ajustes) cuando se trata de describir y explicar los contratos de servicio.

2. EL PLAN, Y ALGUNAS PRECISIONES METODOLÓGICAS

[119] Dicho todo lo anterior, conviene advertir que en este capítulo no voy a realizar un estudio pormenorizado de cada uno de los artículos que componen la regulación de los *services contracts* del DCFR. Se trata de una regulación demasiado *voluminosa* y muy *detallada*³⁷⁰. En vistas a la finalidad que se ha trazado, voy a abordar los siguientes *cuatro* aspectos de la regulación de los *service contracts* del DCFR:

- La forma en la que se *diseñó el modelo*, y cuáles son sus *principales características*;
- Su *ámbito de aplicación*;
- La caracterización de los *service contracts* sobre la base de una *obligación de hacer*, analizando la solución del DCFR para algunos

³⁷⁰ La Parte C (*Services*) del Libro IV del DCFR está dividida en ocho capítulos y contiene un total de sesenta y siete artículos, la mayoría de los cuales tiene una extensión muy considerable. Para un análisis de la regulación de los *service contracts* del DCFR artículo por artículo, véase el referido trabajo de VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ (*supra* nota 349).

Sobre las razones de la extensión y el nivel de detalle del modelo de los *service contracts* del DCFR, así como las opiniones doctrinales sobre esta característica de la regulación, véase *infra* [137].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

supuestos complejos, en los que hay también una obligación de *dar* (contratos mixtos); y

- El contenido de la obligación característica de hacer, esto es, cuál es la *noción de servicio* que está en la base de la regulación.

[120] Para dar cuenta del modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR, me valdré, además de los comentarios oficiales del DCFR, del texto y de los comentarios oficiales de los *Principles of European Law on Service contracts* (en adelante, PEL SC)³⁷¹. La utilización del texto y de los comentarios oficiales de los PEL SC en este sentido resulta plenamente justificada, debido a que la regulación de los *service contracts* del DCFR recoge, casi sin modificaciones, la regulación de los PEL SC (así se muestra *infra* [123] y ss.). Cuando ello corresponda, las diferencias entre estos dos textos serán destacadas.

[121] En la medida que parezca oportuno, la regulación del modelo de los *service contracts* del DCFR se contrastará con el Derecho español y con el Derecho comparado, también con algunos textos relevantes en materia de modernización del Derecho contractual, tanto a nivel internacional (como la CISG y los Principios Unidroit) como a nivel europeo. En relación con el Derecho privado europeo, se prestará atención, en particular, a la ya referida *PR CESL*, y a la regulación que se contiene en su Anexo I, que se denomina *Normativa común de compraventa europea* (en adelante, CESL) –*supra* nota 348–.

³⁷¹ BARENDRECHT, M./JANSEN, C./LOOS, M./PINNA, A./CASCAO, R./VAN GULIJK, S., *Principles of European Law. Service Contracts*, Sellier, München, 2007.

La PR CESL supone un paso adelante, respecto del DCFR, en el camino de la armonización y la unificación del Derecho privado europeo ³⁷². Pero no sólo por esta razón es de interés su estudio. La

³⁷² Sobre el camino hacia la unificación del Derecho contractual en el contexto europeo, y en particular, sobre el hecho de que el DCFR no puede considerarse “un punto de llegada, sino un punto de partida”, véase VALPUESTA GASTAMINZA (2013) especialmente pp. 199-204.

En cuanto al rol del CESL en relación con la unificación del Derecho privado europeo, se ha dicho que el CESL “[a] juzgar por su contenido y alcance [...] representa la intervención legislativa europea más importante que ha aparecido hasta ahora en el ámbito del Derecho de contratos” [DE LA ROSA, E./OLARIU, O., “La aplicación de la Normativa común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret* 1/2013, p. 4]. En la doctrina comparada es posible hallar afirmaciones similares, expresando que el CESL es “the latest entry into the area of supranational contract and sales law” (DIMATTEO, L., “Common European Sales Law. A critique of its rationales, functions, and unanswered questions”, *JITLP*, n. 11, 2012(3) p. 222; o que el CESL constituye “a fundamental step in the process of establishing a private European law in the matter of contracts” (PONGELLI, G., “The Proposal for a regulation on a Common European Sales Law (CESL) ant its gradual evolution”, *Comp. L.R.*, n. 4, 2013(1), p. 1.

No obstante, hay quienes miran con escepticismo el hecho de que el CESL vaya a tener, efectivamente, un rol relevante, ya sea como modelo para continuar desarrollando el *acquis* en materia de protección del consumidor, ya sea como texto de referencia doctrinal. En esta línea, SMITS plantea que hay al menos dos motivos para ser escéptico en relación con la primera posible función del CESL. Por un lado, porque no es claro que el CESL vaya a influir significativamente en el proceso legislativo europeo en materia de consumo, sobre todo si se considera que otros modelos (el *acquis*, los PECL y el DCFR) han tenido muy poca influencia en las propuestas de la Comisión Europea. La segunda razón es que el CESL se presenta como un sistema alternativo y autosuficiente, mientras que el *acquis* se construye a partir de Directivas cuya finalidad es instrumental y que descansan fuertemente en el Derecho nacional. Por esta razón, señala SMITS que “I find it hard to see how future European rules in this multilevel system could be inspired by the “CESL provisions aimed to provide a self-standing European legal system –unless the European legislature would fundamentally change its legislative techniques in creating the *acquis*” [SMITS, J., “The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice”, *Maastricht European Private Law Institute working paper* n. 2012/11 (april), pp. 8-9]. El mismo autor pone también en tela de juicio el que este texto pueda ser utilizado como texto de referencia por la doctrina europea, no sólo por su carácter conciso y por la (baja) calidad de sus normas, sino principalmente, por su naturaleza: se trata de una propuesta legislativa de nivel europeo y como tal, sus soluciones pueden estar más bien inspiradas por posiciones políticas, y además, no siempre ofrece soluciones claras, ni siquiera aparece la justificación de esas soluciones (*ibíd.*, p. 14-15).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

consideración de esta propuesta es también de interés, debido a que su ámbito de aplicación no se limita a la compraventa, sino que se extiende al suministro de contenidos digitales y a lo que el propio texto denomina como *servicios relacionados* ³⁷³. Aunque la PR CESL, como plantea VAQUER ALOY, “no afecta al contrato de

En este punto conviene destacar que el Comité Económico y Social Europeo, instado por el Consejo Europeo, adoptó, con fecha 28 y 29 de marzo de 2012, un Dictamen sobre el CESL. En éste Dictamen, se dan cuenta de las principales deficiencias que se observan en la propuesta CESL, tanto por el propio Comité, como por las agrupaciones de pymes y de consumidores, así como algunas de las propuestas de mejora [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea» DOUE C 185 (21.6.2012) Ponente: Ana Bontea].

³⁷³ Art. 2 PR CESL (*Definiciones*): “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por: [...] (m): «servicios relacionados»: cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales; con exclusión de/ i) los servicios de transporte/ ii) los servicios de formación,/ iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones; y/ iv) los servicios financieros”. Por su parte, el art. 5 PR CESL señala: “Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular:/ [...] c) los contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no”.

WENDERHOST plantea que, en consecuencia, es posible distinguir un “servicio relacionado” (*related service*), que es el que está *incluido* en el mismo contrato de compraventa o de suministro de contenido digital, y un “contrato de servicio relacionado” (*related service contract*), que es un contrato *separado*, pero celebrado en el mismo momento. El autor agrega que la razón de que sólo se incluya en el ámbito de aplicación el contrato de servicio relacionado *celebrado por las mismas partes* (vendedor y comprador) es, probablemente, que deben evitarse los problemas que surgen en una relación entre tres partes. La razón de que sólo se incluyan los contratos celebrados *al mismo tiempo* que el contrato de compraventa o de suministro de contenidos digitales, en cambio, “remains largely in the dark” [WENDEHORST, Ch., “Art. 5 PR CESL”, en SCHULZE, R. (edit.) *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*–, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 46-48. Para las futuras referencias a este libro: SCHULZE (dir.) *CESL commentary*].

servicios en general”³⁷⁴, resulta interesante considerar la regulación de estos *servicios relacionados*, ya que ella podría ser “susceptible de generalización a todo contrato de servicio”³⁷⁵.

[122] Finalmente, y a fin de ofrecer un panorama más completo en relación con las *perspectivas de futuro* sobre la construcción de la categoría de los *contratos de servicio* (en sentido amplio) en el Derecho español, se ha considerado conveniente, al hilo de la exposición, comparar la aproximación del DCFR con *dos recientes propuestas de regulación* de la Comisión General de Codificación, que se refieren a los contratos de servicio (en sentido amplio). Estas dos propuestas son:

- *Una*, la *Propuesta de Código Mercantil* elaborada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que fue presentada por el Ministerio de Justicia el 20 de junio de 2013 (en adelante PCM)³⁷⁶. El Libro Quinto de esta PCM trata *los contratos*

³⁷⁴ En este sentido, VAQUER ALOY: “la Propuesta CESL no afecta al contrato de servicios en general, sino alcanza sólo a los “servicios relacionados” con la compraventa [...] [y] únicamente a unos servicios muy concretos: los servicios vinculados a la compraventa otorgada entre las mismas partes contractuales y los servicios por los que se suministran contenidos digitales [...] [y], aún así, se excluyen inmediatamente los siguientes supuestos: i) los servicios de transporte, ii) los servicios de formación, iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones, y iv) los servicios financieros” [VAQUER ALOY, A., “Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general” en CÁMARA LAPUENTE, S./ARROYO I AMAYUELAS, E. (dirs.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*: Civitas, Pamplona, 2012, p. 428].

³⁷⁵ VAQUER ALOY (2012) p. 437. La regulación específica relativa a los servicios relacionados se encuentra en la Parte V del CESL, que se titula “*Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados*” (capítulo 15, arts. 147 a 158 CESL).

³⁷⁶ Por Orden de fecha 7 de noviembre de 2006, el Ministerio de Justicia encargó a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. El 17 de Junio de 2013, en cumplimiento

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

mercantiles en particular (art. 511-1 y ss. PCM), dentro de los cuales se regula de forma separada el *contrato de obra por empresa* (arts. 521-1 y ss. PCM) y los *contratos de prestación de servicios mercantiles* (arts. 531-1 y ss. PCM). En la PCM hay, por tanto, un modelo de regulación de los contratos de servicio (en sentido amplio) que puede compararse con el modelo de regulación del DCFR, tanto desde el punto de vista de su aproximación formal (la estructura de la regulación) como desde el punto de vista sustantivo (las reglas o el régimen contractual).

Lógicamente, no es este el lugar para una presentación general de esta PCM. Pero sí conviene destacar algunos aspectos generales de ella:

i. En primer lugar, conviene destacar que el criterio de delimitación de la materia mercantil, en relación con la materia civil, es el *mercado* ³⁷⁷. El Derecho mercantil es, en la PCM, un Derecho aplicable a los *operadores del mercado*. De ello deriva

de dicho encargo, el presidente de dicha Sección, Sr. Alberto Bercovitz, entregó al Ministro de Justicia el texto de la PMC.

³⁷⁷ En este sentido, se indica en la Exp. de motiv. (I-9) que “[a]corde con las modernas tendencias doctrinales, con los postulados de la constitución económica en que ha de insertarse el cuerpo legal y con la realidad del tráfico, la delimitación de la materia mercantil se hace a partir de un concepto básico: el *mercado* como ámbito en el que actúan los protagonistas del tráfico, cruzan ofertas y demandas de bienes y servicios, y entablan relaciones jurídico-privadas objeto de regulación especial”.

La referencia a la noción de *mercado*, como criterio para delimitar el ámbito mercantil, frente al ámbito civil, en la PMC es criticada por GÓMEZ POMAR, quien, sobre el punto, plantea: “[e]s evidente que las economías desarrolladas –y por eso, en gran medida, lo son– intercambian la gran mayoría de bienes y servicios en mercados anónimos y extensos y no a través de relaciones limitadas a los parientes, vecinos o compañeros de gremio. Por eso el criterio de mercado no puede servir para definir materia mercantil o civil, pues hoy todo el Derecho privado patrimonial –y parte del público– es derecho del mercado, que lo crea, facilita, lo engrasa o lo regula” [GÓMEZ POMAR, F., “Un nuevo código”, *Indret* 2/2013 (editorial) p. 3].

que su aplicación no se limite a los *empresarios*, sino que se extienda a todos los sujetos que realizan operaciones de mercado, incluyendo, por cierto, a los profesionales que ejercen actividades intelectuales [art. 0001-2.1 PCM (*Ámbito subjetivo*)]³⁷⁸. Para calificar un determinado acto o contrato como mercantil, basta con que intervenga un operador del mercado, siendo irrelevante que la contraparte no lo sea [art. 001-4 PCM (*Ámbito objetivo*)]³⁷⁹.

ii. Un segundo aspecto importante es que la PCM incluye una normativa contractual que, en palabras de GÓMEZ POMAR, se hace “con una amplitud, intensidad y autosuficiencia que es insólita y rigurosamente desconocida en cualquier código de comercio de nuestro entorno cultural”³⁸⁰. Esto queda de manifiesto en dos

³⁷⁸ Art. 0001-2.1 PCM (*Ámbito subjetivo*): “Quedan sujetos a las normas del presente Código los siguientes operadores de mercado./ a) Los empresarios. Son empresarios a estos efectos:/ 1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales./ 2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en la letra anterior./ 3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera sea su objeto./ b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado./ c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades”.

³⁷⁹ Art. 001-4 PCM (*Ámbito objetivo*): “1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:/ a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo./ b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles./ c) Los actos de competencia en el mercado./ 2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores”.

³⁸⁰ GÓMEZ POMAR (2013) p. 3.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

aspectos: por un lado, en la inclusión de una normativa que contempla todas las bases para una teoría general del contrato³⁸¹, y por otro lado, en la naturaleza y en el número de los contratos especialmente regulados³⁸².

Creo que estos dos aspectos de la PCM que se acaban de destacar son muy relevantes en relación con la futura construcción de la categoría de los contratos de servicios (en un sentido amplio) en el Derecho español. Si llegara a aprobarse la PCM, es fácil concluir que la enorme mayoría de los contratos de servicios –sino todos– serían calificados como mercantiles. Es difícil imaginar prestaciones de servicio que no sean prestados por *operadores del mercado* en los términos definidos por la PCM.

- *La otra propuesta es el borrador de anteproyecto* en el que actualmente trabaja la Sección Civil de la Comisión General de

³⁸¹ En efecto, en su Libro IV (*De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*), la PCM contiene las bases de una teoría general del contrato [Título I (*Disposiciones generales*) art. 411-1 y ss.]. Esta regulación se refiere a todas las fases del *iter* contractual, desde los deberes en la fase preparatoria del contrato, pasando por los aspectos relativos a la celebración, la modificación, la interpretación, la extinción y el incumplimiento de los contratos. Además, el Libro IV contempla la regulación de ciertas formas especiales de contratación [Título II (*De las formas especiales de contratación*) art. 421-1 y ss.] que se refiere, entre otros aspectos, a la contratación electrónica y a las condiciones generales de la contratación.

³⁸² La regulación *De los contratos mercantiles en particular* se encuentra en el Libro V de la PCM (arts. 511-1 y ss.). Sobre esta regulación, en la Exp. de motiv. (VI-1) se indica: “[e]l Libro V establece el régimen jurídico de los contratos mercantiles en particular. Se trata de un libro extenso en el que se incluyen un amplio número de contratos que se consideran mercantiles y que se celebran habitualmente en el tráfico económico. Se regulan contratos que ya se consideraban mercantiles en base a lo dispuesto en el Código de comercio de 1885, estableciendo un régimen jurídico que en algunos casos es el que ya regía bajo el viejo Código, aunque en ocasiones se han realizado modificaciones que pueden afectar a cuestiones fundamentales; en otros supuestos se ha redactado un régimen jurídico totalmente nuevo, y otros tipos contractuales se regulan por primera vez a nivel legislativo”.

Codificación sobre “*contratos de servicios*”, al que ya se ha hecho referencia (*supra* [118] ii., y nota 357), y al que en adelante me refiero simplemente como BAS. Este BAS sigue, como ya se ha dicho, muy de cerca al modelo de los *service contracts* del DCFR.

II. LOS *SERVICE CONTRACTS* DEL DCFR. EL DISEÑO DEL MODELO

1. LA BASE DEL MODELO. LOS PEL SC Y SU RECEPCIÓN EN EL DCFR

[123] Como se sabe, el DCFR es una iniciativa académica, resultado del trabajo conjunto de dos grupos: el *Study Group on a European Civil Code (Study Group)* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*³⁸³. Pues bien, la regulación de los *service contracts* del DCFR recoge, tanto en relación con su estructura como en relación con su contenido normativo, el trabajo realizado por el equipo o comisión del *Study Group* responsable de desarrollar las reglas sobre prestaciones de servicios: el *Tilburg Working Team* (en adelante TWT). Como ya se ha dicho, el resultado de ese trabajo se publicó el año 2007 como parte de

³⁸³ Sobre el trabajo de estos dos grupos responsables del DCFR, véase, por ejemplo, ROCA TRÍAS, E., “*El Study Group on a European Civil Code - Proyecto von Bar*”, en CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, 199-204; y ARROYO I AMAYUELAS, E., “Los Principios del Derecho contractual Comunitario”, *ADC*, n. 61, 2008 (1), pp. 211-239. Las páginas web de estos dos grupos ofrecen información adicional sobre su trabajo [<http://www.sgecc.net>; y <http://www.acquis-group.org>]. Sobre los problemas de integración en el DCFR entre los resultados de los trabajos del *Study Group* y del *Acquis Group*, y sus causas, véase HESSELINK, M. W., “The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law”, *T.L.R.*, v. 83, 2009, especialmente p. 951 y ss. Véase también VAQUER ALOY, A., “El Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.) *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

la serie *Principles of European Law*, bajo el nombre de *Services Contracts* (PEL SC)³⁸⁴.

[124] Creo que es posible afirmar que la recepción de los PEL SC, en la regulación de los *service contracts* del DCFR, es *prácticamente total*. Esto, porque las diferencias que existen entre esos dos textos –que si bien no son muchas, las hay– son en general puramente formales. Y la mayoría de las diferencias se explican por la necesaria adecuación de las referencias cruzadas. Los PEL SC contienen un gran número de *referencias* a los PECL, referencias que, en la regulación de los *service contracts* del DCFR han sido simplemente eliminadas³⁸⁵ o bien han sido reemplazadas por referencias a otras partes del propio DCFR³⁸⁶.

³⁸⁴ Véase *supra* nota 371.

³⁸⁵ A modo de ejemplo, compárense los siguientes dos artículos:

Art. 1:109 (1) (b) PEL SC (*Directions of the client*): “(1) *The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions: [...] (b) result from the realisation of choices left to the client by the contract in pursuance of Article 6:105 PECL (Unilateral Determination by a Party)*”.

Art. IV. C.- 2:107 DCFR (*Directions of the client*): “(1) *The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions: [...] (b) result from the realisation of choices left to the client by the contract*”.

Como se puede apreciar, los transcritos textos son idénticos, pero la última parte del artículo de los PEL SC, que contiene la referencia a los PECL, simplemente se elimina en el correspondiente artículo del DCFR.

³⁸⁶ A modo de ejemplo, compárense los siguientes artículos, en materia de contratos de construcción:

Art. 2:108 PEL SC (*Risks*): “[...] (3) *When the situation mentioned under paragraph 1 has been caused by an event occurring before the structure or control of it has been, or should have been, transferred to the client [...] and it is no longer possible to perform [...]*

Ahora bien, es cierto que, si uno compara ambos textos, no parece que pueda afirmarse que todas las diferencias entre los PEL SC y los *service contracts* del DCFR sean puramente formales. La regulación de los PEL SC es, a primera vista, claramente más extensa que la de los *service contracts* del DCFR. En los PEL SC, se abordan algunas materias que no están recogidas en la regulación de los *service contracts* del DCFR. Sin embargo, creo que es posible afirmar que el hecho de que algunas materias no hayan sido recogidas en la regulación de los *service contracts* del DCFR es, simplemente, consecuencia de la *necesaria sistematización* que supone la incorporación de una regulación específica y limitada –como es la de los PEL SC– a un cuerpo normativo mucho más amplio –como es el DCFR³⁸⁷. Y, por esta razón, el hecho de

(d) the rules of Article 8:108 PECL (Excuse Due to an Impediment) may apply to the constructor's original performance".

Art. IV.C.–3:108 DCFR (*Risks*): “[...] (4) When the situation mentioned in paragraph (1) has been caused by an event occurring before the relevant time, and it is no longer possible to perform: [...] (b) the rules of III.–3:104 (Excuse due to an impediment) may apply to the constructor's performance”.

Como se puede ver, en la regulación de los *service contracts* del DCFR no sólo hay un cambio en la redacción en relación con la de los PEL SC, y de la numeración del párrafo, sino que se reemplaza la referencia que se hace a los PECL por una referencia a otra parte del DCFR.

³⁸⁷ “[S]ome articles were thought to be redundant given the extensive regulation of remedies elsewhere in the draft-CFR” [Loos, M., “Service Contracts” (January, 2010), disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1542506>, p. 2].

Aunque esta explicación no se encuentra dentro de los comentarios oficiales de los artículos de los *service contracts* del DCFR, sí se halla en la *Introduction* del DCFR *full*, ya que la regulación de los *service contracts* se utiliza como ejemplo para ilustrar las diferencias que existen entre el DCFR y las reglas modelo publicadas en la serie *Principles of European Law* (PEL): “the model rules which the readers encounters in this DCFR deviate from their equivalent published in the PEL series. There are several reasons for such changes. First, in drafting a self-standing set of model rules for a given subject (such as e.g. service contracts) it proves necessary to have much more repetition of rules which were already part of the PECL. Such repetitions became superfluous in an integrated DCFR text which states these rules at a more general level

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

que no se reproduzca todo el contenido de los PEL SC en el DCFR no impide afirmar que el modelo de los PEL SC es el mismo modelo que el de los *service contracts* del DCFR. Conviene ilustrar con un par de ejemplos, lo que se acaba de decir:

- i. El art. 1:102 PEL SC (*Price*) contiene dos párrafos. El (1) dispone: “*Unless agreed otherwise, a service provider who has entered into the contract in the course of a profession or business is entitled to a price*”. Y el (2): “*Where the contract does not fix the price or the method of determining it, the price is the market price generally charged at the time of the conclusion of the contract*”. Pues bien, en la regulación de los *service contracts* del DCFR sólo se recoge la regla del primer párrafo, aunque con otra redacción [art. IV.C.–2:101 DCFR (*Price*)]³⁸⁸. La regla del segundo párrafo del art. 1:102 PEL SC no está recogida en la regulación de los *service contracts* del DCFR. Pero ello puede explicarse porque esta regla está recogida expresamente en el art. II.–9:104 DCFR (*Determination of price*) con carácter general para todos los contratos³⁸⁹.
- ii. En los PEL SC se contienen varios artículos relativos a los remedios en caso de incumplimiento del contrato. Por ejemplo, dentro de las reglas generales aplicables a todos los contratos de

(i.e. in Books II and III). The DCFR is therefore considerably shorter than it would have been had all PEL model rules been included as they stood” [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 18].

³⁸⁸ Art. IV.C.–2:101 DCFR (*Price*): “*Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise*”.

³⁸⁹ Art. II.–9:104 DCFR (*Determination of price*): “*Where the amount of the price payable under a contract cannot be determined from the terms agreed by the parties, from any other applicable rule of law or from usages or practices, the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract or, if no such price is available, a reasonable price*”.

servicio, el art. 1:112 (2) PEL SC (*Remedies for Breach of Duties of the Service Provider*) señala: “*If the service provider has breached a duty under the contract, and if it is not yet clear whether the result stated or envisaged by the client will be achieved, the client may withhold performance of any reciprocal obligations under Article 9:201 PECL (Right to Withhold Performance)*”. Sin duda esta regla de los PEL SC no se conserva en la regulación de los *service contracts* del DCFR porque es innecesaria: el art. III.-3:401 DCFR (*Right to Withhold Performance of reciprocal obligation*) establece este derecho con carácter general, para todos los contratos ³⁹⁰. Lo mismo ocurre con otros artículos de los PEL SC referidos a otros remedios en caso de incumplimiento ³⁹¹.

[125] En consecuencia, preguntarse por la forma en que se diseñó el modelo de los *service contracts* del DCFR, supone poner la mirada en el diseño de los PEL SC porque, aun cuando entre ambos textos hay algunas diferencias, se trata de un mismo y único modelo de regulación. Y por el hecho de tratarse de un mismo y único modelo de regulación,

³⁹⁰ Art. III.-3:401 DCFR (*Right to withhold performance of reciprocal obligation*): “(1) A creditor who is to perform a reciprocal obligation at the same time as, or after, the debtor performs has a right to withhold performance of the reciprocal obligation until the debtor has tendered performance or has performed./ (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor’s performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance [...]”.

³⁹¹ En efecto, lo mismo ocurre con la regulación de cada *service contract* en particular. Por ejemplo, dentro de la regulación del contrato llamado de *construction*, se encuentran los art. 2:109 PEL SC (*Specific Performance and Cure*); art. 2:110 PEL SC (*Resort to Other Remedies*) y art. 2:111 PEL SC (*Prescription of Remedies based on Non-Conformity*). Ninguno de estos artículos se recogen en el capítulo relativo al contrato de *construction* de los *service contracts* del DCFR [*Chapter 3: Construction*, arts. IV.C.-3:101 y ss.].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

no sólo es posible sino *conveniente* recurrir tanto a los comentarios oficiales del DCFR como a los comentarios oficiales de los PEL SC, a la hora de exponer y explicar el modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR. Por lo demás, los comentarios de los PEL SC son, en general, más completos que los del DCFR.

2. LA FORMA EN QUE SE DISEÑÓ LA REGULACIÓN DE LOS *SERVICE CONTRACTS*: LA APROXIMACIÓN FUNCIONAL

[126] La forma de trabajo de las distintas comisiones o equipos del *Study Group* es similar a la que han adoptado otros grupos de trabajo que han abordado la tarea de diseñar principios supranacionales como, por ejemplo, los Principios Unidroit o los PECL. Se trata, dicho en términos muy simples, de identificar cuáles son los principales aspectos de interés y los puntos conflictivos sobre la materia objeto de estudio, de analizar las diversas formas en que dichos aspectos son abordados por los distintos ordenamientos nacionales, y de discutir y proponer una solución, solución que se refleja luego en el texto que se adopte. Esta era también la forma en que el TWT inicialmente pensó organizar su trabajo³⁹².

Sin embargo, al poco andar se vió que esta forma de trabajo presentaba especial dificultad en relación con la tarea de redactar unas reglas generales para los contratos de servicio. A diferencia de lo que ocurría

³⁹² Sobre el punto, véase JANSEN, Ch., “Principles of European Law on Services Contracts: background, Genesis, and Drafting Method”, en ZIMMERMANN, R. (coord.) *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, especialmente, pp. 45-47.

con la regulación del contrato de compraventa –en que los redactores del *Study group* pudieron apoyarse en un modelo previo cuya eficacia ya se había probado (el modelo de la CISG)– en los contratos de servicio no existía esa situación de partida. En opinión de los miembros del TWT, *ni en los Derechos nacionales ni en el Derecho comunitario era posible hallar un modelo de regulación que pudiera servir de base para la redacción de unos principios sobre los contratos de servicio*. Doy brevemente cuenta de esta afirmación.

[127] En lo que respecta a los *Derechos nacionales*, el TWT consideró que si bien algunos ordenamientos ofrecían una base para una regulación general de los contratos de servicio, dicha base no resultaba adecuada. Ello, debido a que se trataba de regulaciones muy *rudimentarias* y generalmente de carácter *supletorio*³⁹³. Además,

³⁹³ Como explica LOOS, estas características de las regulaciones nacionales presentes en los códigos civiles –el ser una regulación rudimentaria y supletoria– deriva de varios factores, entre ellos, de la escasa importancia del contrato de servicio en la época de las principales codificaciones; de la falta de desarrollo de los contratos de ejecución continuada (*long term contracts*); de la creación por parte de los tribunales y de la doctrina de “tipos” contractuales; y de la existencia de múltiples regulaciones autónomas fuera de los códigos, como por ejemplo, en materia de construcción o de servicios médicos [LOOS, M., “Services Contracts”, en HARTKAMP, A. *et al.* (eds.) *Towards a European Civil Code*, 3.ª ed., 2004, pp. 572-573].

El caso paradigmático de regulación rudimentaria es, sin duda, la del *Code civil*, que como ya se ha indicado, conserva el esquema del texto original de 1804. En este sentido, BORGHETTI destaca que en el Derecho francés se reconoce un *contrat d'entreprise*, que es una categoría amplia y residual, que acoge todos los contratos de servicios que no están especialmente regulados. En consecuencia, señala BORGHETTI, calificar un contrato como *contrat d'entreprise* no ofrece ninguna indicación en relación con el régimen aplicable [BORGHETTI, J.-S., “Service Contracts: The French experience”, en ZIMMERMANN, R. (coord.) *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 101-105]. El mismo autor agrega que el *Code civil* no reconoce oficialmente el concepto de *contratos de servicio* –que sólo ha sido introducido por la doctrina francesa por influencia de la legislación europea– y agrega que esta categoría (contratos de servicio) tiene principalmente un valor descriptivo y no supone la

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

no resultaba fácil establecer, dentro del propio contexto nacional, en qué medida las reglas generales y abstractas sobre los contratos de servicios debían aplicarse en el marco de un particular contrato de servicio³⁹⁴; ni cómo dichas reglas generales debían articularse con el resto del Derecho de Obligaciones³⁹⁵.

[128] En lo que respecta al *Derecho comunitario*, el TWT consideró que el conjunto de la normativa de nivel europeo (el llamado *acquis communautaire*) tampoco ofrecía un buen modelo para construir un modelo de regulación de los contratos de servicio. Ello, básicamente por *dos motivos*, que están estrechamente relacionados entre sí.

El primero de esos motivos era la falta de consistencia del Derecho comunitario, y fue precisamente ello una de las razones que justificaron iniciar el proceso de formación de un *Common Frame of Reference*³⁹⁶.

posibilidad de aplicar un régimen común, ni hay consenso entre los autores sobre qué contratos quedan incluidos en ella (*ibíd.*, p. 107).

³⁹⁴ En este sentido, JANSEN (2010) pp. 48-49. Los redactores de los PEL SC admiten que es posible que en algunos casos sean los tribunales los que determinen la forma en que estas reglas generales y abstractas son aplicadas en el contexto de un servicio específico, y que, por lo mismo, analizar las decisiones de los tribunales podría llevar a comprender mejor como se relacionan las reglas generales con las particulares. Desafortunadamente –explican los redactores– el análisis del estudio de casos con esta específica finalidad no parece haber tenido lugar en la Unión Europea, puesto que los estudios que existen pretenden más bien entender las reglas que son aplicables a un contrato de servicio en particular, y no tanto a comprender cómo se relacionan las reglas generales de servicios con las específicas de un contrato dado [*cfr. comment E del Chapter 1, BARENDRECHT et al., PEL SC*, p. 136].

³⁹⁵ Sobre este punto, LOOS sostiene que los trabajos académicos que vinculan los contratos de servicios con el Derecho de obligaciones son escasos, y en consecuencia, no se ha desarrollado un sistema de los contratos de servicios [LOOS (2004) p. 573].

³⁹⁶ Véase, sobre ello, la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo* [COM (2001) 0398 final (11.07.2001)]. La

El segundo motivo es que la legislación europea se caracteriza por una aproximación *preferentemente sectorial* y, además, con un marcado *énfasis en la protección del consumidor*³⁹⁷.

Sobre este último punto, creo oportuno realizar algunos comentarios:

i. Pese a la importancia de los servicios en Europa³⁹⁸, el que no exista en la actualidad una regulación sustantiva de los aspectos propiamente contractuales de los contratos de servicio a nivel europeo, se explica por la restringida competencia normativa de la Unión Europea, limitada a las necesidades del mercado interno³⁹⁹.

lectura de esta *Comunicación* sugiere la existencia de una gran preocupación por la coherencia de la regulación europea en materia de contratos a través de Directivas, como punto importante para justificar un Derecho contractual material europeo. En este sentido, por ejemplo, se dice que “[e]n el ámbito de la normativa contractual, el legislador europeo ha seguido un planteamiento de armonización «caso por caso». Este planteamiento, combinado con una evolución imprevista del mercado podría provocar incoherencias en la aplicación del Derecho comunitario” (párrafo [35]).

³⁹⁷ Cfr. LOOS (2004) p. 573. Es precisamente la creciente importancia de los servicios en la economía y la limitada aproximación de su regulación a nivel europeo lo que explican que, iniciando el siglo XXI, la doctrina jurídica se plantee la necesidad de estudiar –a nivel europeo– los aspectos contractuales de las relaciones de servicios. Entre esos trabajos, destaca el de LOOS, M., “Towards a European Law of Service contracts”, *ERPL*, 4, 2001, pp. 565-574; y el de JANSEN, Ch., *Towards a European building contract law: defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, Schoordijk Instituut, Center for Liability Law, 1998, trabajos que fueron utilizados como referentes doctrinales relevantes por el TWT para el diseño de los *service contracts*. Tanto LOOS como JANSEN fueron miembros del TWT.

³⁹⁸ Sobre la importancia de los servicios en Europa, valga lo dicho *supra* [88].

³⁹⁹ Como es sabido, los principios que delimitan la competencia normativa de la Unión Europea y rigen su ejercicio son tres: el principio de *atribución*, el principio de *proporcionalidad* y el principio de *subsidiariedad*. Estos principios se encuentran establecidos en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE). En virtud del principio de atribución “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros (art. 5.2 TUE); “En virtud del principio de subsidiariedad, en los

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Es esta limitada competencia normativa de la Unión Europea lo que determina el mentado enfoque *preferentemente sectorial* y con *énfasis en la protección del consumidor* ⁴⁰⁰.

*ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión [...] (art. 5.3 TUE); “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados [...] (art. 5.4 TUE) [Texto de la versión consolidada DOUE C 326 de 26/10/2012]. Sobre los límites de la competencia normativa de la Unión Europea, véase, por ejemplo, IGLESIAS BERLANGA, M., “Tema 4. Competencias”, en SÁNCHEZ, V. M (dir.) *Derecho de la Unión Europea*, Huygens, Barcelona, 2010, pp. 29-38; o SCHÜTZE, R., *An introduction to European Law*, Cambridge University press, 2012, pp. 43-51.*

⁴⁰⁰ Como sostiene MICKLITZ, se trata de *dos enfoques que se combinan para fortalecer el mercado común*. En relación con la regulación de los contratos de servicio, MICKLITZ entiende que el enfoque sectorial de la legislación comunitaria supone una clasificación *vertical* de los contratos de servicios, mientras que el enfoque de protección en el consumidor es una aproximación *horizontal*, en el sentido de que las Directivas de consumo abordan los contratos de servicios desde una perspectiva amplia, no sectorial, y además, que las reglas de derecho contractual que hay en ellas son aplicables tanto a los servicios como a los contratos de venta [MICKLITZ, H. W. “Regulatory strategies on services contracts in EC law”, en CAFFAGI, F./MUIR WATT, H. (eds.) *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2009, especialmente, p. 18 y ss.]. Sobre los ámbitos especialmente cubiertos por la legislación europea, véase también MULLER-GRAFF, P.-C., “EC Directives as a Means of Private Law Unification”, en HARTKAMP, A. *et al.* (eds.) *Towards a European Civil Code*, 4.^a ed., Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, 2011, pp. 149-183. Al final de su trabajo, MULLER-GRAFF ofrece un listado de todos esos textos.

La conocida como “Directiva de Servicios” [*Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior* (DOUE L 376 de 27/12/2006)] adoptó una perspectiva amplia, en el sentido de que no se refiere a un sector de servicios determinado, sino que se refiere a los servicios en general (si bien igualmente hay ciertos servicios que quedan excluidos de su ámbito de aplicación; *cfr.* art. 2.2, *infra* nota 403). Pero, pese a adoptar un enfoque más amplio, la Directiva 2006/123/CE también se encuadra en la limitada competencia normativa de la Unión Europea. Así, si bien se ha sugerido que algunas de las disposiciones de la Directiva 2006/123/CE *pueden ser vinculadas al Derecho Contractual*, como son las disposiciones relativas a los deberes de información y las que prohíben la discriminación [en este sentido, por ejemplo SCHAUER, M., “Contract Law of the Services Directive”, *ERCL*, v. 4, n. 1, 2008, pp. 1-14; y en términos parecidos

ii. Creo que es bastante evidente que, tal como lo entendió el TWT, esas dos características de la legislación comunitaria –el enfoque *preferentemente sectorial* y el *énfasis en la protección del consumidor*– hacen que no sea posible hallar, en el Derecho comunitario, un modelo de regulación de los contratos de servicio (en sentido amplio). La aproximación *preferentemente sectorial del acquis* no sólo dificulta obtener un cuerpo normativo coherente ⁴⁰¹, sino que impide siquiera obtener una noción consistente de *servicio* que pueda servir de base para construir una categoría jurídica. En efecto, la noción de *servicios* presente en la legislación europea es una noción residual ⁴⁰², que se restringe o ensancha en

VALPUESTA GASTAMINZA (2011) p. 256], hay que tener presente que la Directiva 2006/123/CE no se refiere a los aspectos propiamente contractuales de las relaciones de servicios, sino a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el mercado interior, y la mayoría de sus disposiciones van dirigidas a los Estados miembros (establecen las acciones que éstos deben adoptar en vista a esos fines). De hecho, el cdo. 90 de la Directiva 2006/123/CE establece expresamente que “[l]as relaciones contractuales entre el prestador y el cliente, así como entre el empleador y el empleado no deben estar sujetas a la presente Directiva. La legislación aplicable a las obligaciones contractuales o extracontractuales del prestador debe determinarse de conformidad con las normas del Derecho internacional privado” (cursivas añadidas).

En el origen de la Directiva 2006/123/CE se encuentra la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Enero de 2004 [COM/2004/0002 final], adoptada por la Comisión el 25 de Enero de 2004 (de ello da cuenta el DOUE C 98 de 23/4/2004; el texto completo está disponible en la base de datos del Derecho de la Unión Europea [<http://eur-lex.europa.eu>]). Dicha Propuesta pasó por varias lecturas antes de adoptarse la Directiva 2006/123/CE, debido a que fue muy resistida por organizaciones sindicales y de izquierda por considerarse neoliberal [cfr. DE BARRÓN ARNICHES (2008) pp. 3-4, en nota 6; y además, véase MANGIAMELI, S., “La liberalización de los Servicios en la Unión Europea” (traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorra), *ReDCE*, n. 8, Julio-Diciembre, 2007, p. 83 y ss.].

⁴⁰¹ Para HESSELINK esta aproximación sectorial –“[t]he so-called sector-specific approach”– representa una de las dificultades a la hora de intentar construir un cuerpo normativo coherente a partir del *acquis* [cfr. (2009) p. 955].

⁴⁰² El art. 57 TFUE (antiguo art 50 TCCE) señala que es lo que puede considerarse como “servicios” a efectos de la legislación europea: “*Se consideran servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración en la medida en*

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

función del ámbito de aplicación y finalidad de cada Directiva ⁴⁰³, y por ello se ha dicho que es una noción demasiado *amplia* para configurar una categoría jurídica de servicios ⁴⁰⁴.

que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas [...]". Las actividades que enumera a continuación, sin embargo, ayudan a comprender el contenido de esta categoría: "[...] Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales".

También es residual la noción de contratos de servicio de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [DOUE L 304 (22.11.2011)]. El art. 2(6) de la Directiva 2011/83/UE (*Definiciones*) dispone: "*A efectos de esta Directiva, se entenderá por [...] «contrato de servicios»: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio*".

⁴⁰³ En palabras de BORGHETTI, los servicios "o bien son incorporados en un conjunto más amplio de actividades o se regulan únicamente determinados servicios, de forma independiente entre sí" [BORGHETTI (2010) p. 105]. Y, en el mismo sentido ARROYO I AMAYUELAS: "[I]a raó d'aquesta ambigüitat en les definicions és que cada norma amplia o restringeix els conceptes i/o la seva interpretació segons un criteri teleològic, que menysprea la tipologia contractual en benefici de l'eficiència o utilitat de la regulació de determinats àmbits d'activitat comercial segmentats a priori i ad hoc" [(2012) p. 188].

Por ejemplo, la ya referida Directiva 2006/123/CE se aplica a "*los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro*" [art. 2.1]. Los servicios son definidos de esta forma: "*A efectos de la presente Directiva se entenderá por «servicio» cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración contemplada en el artículo 50 del Tratado*" [art. 4(1) (*Definiciones*)]. Pero, dicha Directiva contempla una larga lista de exclusiones, entre las que se encuentran, por ejemplo, los servicios financieros, los servicios de transporte, los servicios sanitarios, o los servicios audiovisuales (art. 2.2).

⁴⁰⁴ En este sentido, se ha dicho que hay actividades que, desde una perspectiva económica pueden ser consideradas como "servicios", y así son abordadas por las Directivas comunitarias, pero que desde la perspectiva jurídica son actividades que no podrían configurar un "contrato de servicio". TJONG ilustra este punto tomando como ejemplo la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de

Por su parte, el marcado *énfasis en la protección del consumidor* impide, lógicamente, construir un régimen contractual general de servicios (en el sentido de ser aplicable a relaciones entre particulares C2C, o entre empresarios B2B). Y, en todo caso, las normas referidas *específicamente* a los contratos de servicios en las Directivas sobre derechos de los consumidores son escasas, como ocurre, por ejemplo, en la Directiva 2011/83/UE ⁴⁰⁵.

la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior [también llamada “Directiva sobre comercio electrónico”, DOUE L 178 de 17/07/2000] que incluye dentro de su ámbito de aplicación a la venta de bienes *on-line*. Vale la pena reproducir las palabras del TJONG: “A lawyer would normally consider selling to fall under the specific contract of sale, which is different from the contract of service. A contract of sale cannot readily be incorporated into a generic service contract, except by making all contracts service contracts, which would make the concept of services meaningless [...] the activity of making it possible to conclude a sale on-line may economically speaking be a service, but legally speaking is at best the pre-contractual phase of the contract of sale” [TJONG TJIN TAI, E., “Services as Product: Commodification of Contracts in European Private Law”, TISCO Working Paper on Banking, Finance and Services, 2010, pp. 13-14].

⁴⁰⁵ Por ejemplo, la ya referida Directiva 2011/83/UE es aplicable tanto a los *contratos de venta* como a los *contratos de servicios* [art. 2 (6), *supra* nota 402]. Sin embargo, como afirma VAQUER ALOY, son “pocas [las] normas específicas para los contratos de servicios con consumidores” [VAQUER ALOY (2012) pp. 430, ofreciendo, además, un análisis de esas “pocas normas” en las pp. 430-436]. En efecto, en general, para la aplicación de los derechos que establece la Directiva 2011/83/UE, distinguir si el contrato de consumo es de venta o de servicio tiene una importancia *sólo en algunos aspectos*. Por ejemplo, en relación con el derecho de desistimiento que consagran los arts. 9 a 15. El art. 16 (a) de la Directiva 2011/83/UE dispone: “Los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran a: / a) contratos de servicios una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el reconocimiento por su parte de que es consciente que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el comerciante, habrá perdido su derecho de desistimiento[...]”. Tras su análisis, VAQUER ALOY concluye que “[l]a valoración de la regulación del contrato de servicios en la DCC [se refiere a la Directiva 2011/83/UE] no puede ser más que negativa. Apenas se regulan algunos aspectos, como la información precontractual o el desistimiento en dos modalidades de contratos –los a distancia y los fuera de establecimiento–, sin dibujar el marco general del contrato ni

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Por todas estas razones, es posible afirmar, como lo hace ARROYO I AMAYUELAS, que la aproximación de la legislación comunitaria a la materia de los servicios sigue una lógica de mercado, que va en desmedro de los tipos contractuales, y que “jurídicamente no existe una categoría genérica o un contrato arquetípico de prestación de servicios [...] según la lógica del Derecho privado”⁴⁰⁶.

[129] Ante el anterior panorama, el TWT decidió abandonar la idea de redactar un borrador de contratos de servicio a partir de las reglas existentes en los diversos ordenamientos nacionales, o a partir del material que el Derecho comunitario ofrecía. El TWT decidió adoptar una “aproximación funcional”, la cual parte de un análisis de las *diferentes clases de servicios* que se realizaban en la práctica⁴⁰⁷. Debido a este enfoque metodológico adoptado por el TWT, se ha dicho que, en la materia de la regulación de los contratos de servicio, el DCFR se adentra

en sus rasgos esenciales, y se olvidan aspectos fundamentales que sí están contemplados para la compraventa, como el caso de los riesgos” (*ibíd.*, p. 436).

⁴⁰⁶ Cfr. ARROYO I AMAYUELAS (2012) pp. 184-188 (la cita textual en p. 186).

En relación con este punto, OGUS entiende que la regulación de los servicios en el Derecho comunitario persigue ofrecer soluciones a cuatro fallas del mercado: *i)* la falta de competitividad; *ii)* el hecho de que los consumidores están afectados por problemas de información; *iii)* el hecho de que los proveedores de servicios generan externalidades (por ejemplo, la afectación del medio ambiente); y *iv)* el hecho de que el mercado genera resultados injustos, porque infringe las ideas aceptadas de justicia distributiva. Y sostiene que tanto el Derecho público como el Derecho privado pueden contribuir a dicho propósito. En relación con las vías de Derecho privado, destaca este autor la regulación de las garantías frente al incumplimiento y la regulación de deberes precontractuales de información [OGUS, A., “The regulation of services and the public-private divide”, en CAFFAGI, F./ MUIR WATT, H. (edits.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2009, pp. 8-9].

⁴⁰⁷ Así lo expone JANSEN, para quien “the most crucial decisión was to abandon the plan of starting the drafting process directly from the rules that already existed for several specific service contracts in the laws of the Members States that were studied” [(2010) p. 45].

en un terreno virgen para el Derecho comparado y para la armonización jurídica⁴⁰⁸.

Lo que se pretendía, con tal aproximación funcional, era establecer cómo se desarrollaba típicamente cada actividad de servicio. Particularmente, se pretendía determinar: *i)* cuál es la cadena de eventos necesarios para completar un particular servicio de forma que satisfaga las expectativas del cliente y del proveedor; *ii)* cuál es el rol de las partes en ese proceso; y *iii)* cuáles son los riesgos típicos que pueden impedir la ejecución satisfactoria del servicio. JANSEN explica que con ese enfoque metodológico se esperaban dos cosas. En *primer lugar*, se esperaba descubrir las similitudes que pudieran existir entre determinados contratos de servicios, lo que permitiría tratarlos conjuntamente bajo una sola categoría, regulando cada uno de estos contratos sobre la base de las reglas sustantivas que se encontraran en los distintos ordenamientos nacionales. En *segundo lugar*, se esperaba descubrir ciertos patrones comunes a todos aquellos contratos, lo que abriría la puerta a un conjunto de *reglas generales para los contratos de servicios*⁴⁰⁹.

A juzgar por el resultado –como se verá inmediatamente– parece posible afirmar que esos objetivos del TWT se lograron.

⁴⁰⁸ Cfr. EIDENMÜLLER, H./FAUST, F./GRIGOLEIT, H. C./JANSEN, N./WAGNER, G./ZIMMERMANN, R., "The Common Frame of Reference for European Private Law, Policy Choices and Codification Problems", *OJLS*, v. 28, 2008 (4) pp. 663-664.

⁴⁰⁹ Cfr. JANSEN (2010) pp. 50-51.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

3. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN DE LOS *SERVICE CONTRACTS* DEL DCFR

a) No se recoge la concepción unitaria del arrendamiento

[130] Un primer aspecto que hay que destacar del modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR es que no se recoge la concepción unitaria del arrendamiento. En efecto, en el DCFR los *service contracts* se regulan en forma autónoma respecto del contrato de arrendamiento, que es sólo *de cosas* [Book IV, Part B. *Lease of goods*]⁴¹⁰.

Como ya se ha mostrado, la razonabilidad de la superación de la concepción unitaria del arrendamiento, que el Código civil recoge, genera un amplio consenso en la doctrina española (*supra* [71])⁴¹¹. Y por esta razón, *resulta bastante lógico que*:

i. La concepción unitaria del arrendamiento *no se recoja* en la PMC. De hecho, ni siquiera se contempla el contrato de arrendamiento entre los contratos especialmente regulados de su propuesto Libro V. Por ahora sólo me interesa destacar este punto; sobre cómo es que se regulan los contratos de servicio (en sentido amplio) en la PMC, *infra* [141].

⁴¹⁰ El art. IV.B.-1:101(2) DCFR (*Lease of goods*) define el contrato de arrendamiento como: “A contract for the lease of goods is a contract under which one party, the lessor, undertakes to provide the other party, the lessee, with a temporary right of use of goods in exchange for rent. The rent may be in the form of money or other value”.

⁴¹¹ Es interesante apuntar que, en este punto, la aproximación de la regulación de los *service contracts* del DCFR también se ha destacado en forma positiva en relación con su potencial utilidad como modelo para reformar el Derecho francés que, como ya se ha dicho con anterioridad, conserva también la concepción unitaria del arrendamiento [en este sentido, BORGUETTI (2010) p. 109].

ii. La concepción unitaria del arrendamiento *tampoco se recoja* en el BAS, que, como se ha dicho, sigue de cerca al modelo de los *service contracts* del DCFR. En este punto, el BAS propone modificar la estructura del Libro IV del Código civil: los actuales Título IV (compraventa) y el Título V (permuta) se refundirían en un nuevo Título IV, que pasaría a llamarse “de la compraventa y de la permuta”. Así, como explica ESCARTÍN, “[e]l título V quedaría exclusivamente reservado para el contrato de arrendamiento, mientras que el título VI quedaría para el Contrato de Servicios. Dejando claro que solo se arriendan las cosas y no las personas ni sus prestaciones” ⁴¹².

b) La regulación de los *service contracts* es una regulación estructurada en dos niveles: contempla una parte general y otra parte especial

[131] Decía antes que, a juzgar por el resultado, los objetivos que pretendía alcanzar el TWT –esto es, agrupar varios contratos bajo una categoría general de servicios y obtener además un grupo de reglas generales aplicables a todos ellos– se lograron. Precisamente, la principal característica del modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR es que se trata de una regulación en dos “niveles”, en cuanto contempla:

⁴¹² ESCARTÍN IPIÉNS (2012) p. 632. El autor agrega a continuación: “Y para ello se da nueva redacción al art. 1542 CC: «En el contrato de arrendamiento una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa (mueble, inmueble, derecho incorporal o Empresa), por determinado tiempo y precio cierto. Los bienes que se consumen por el uso no pueden ser objeto de este contrato». Con ello quedarían refundidos los actuales 1.542-1.545 [sic]” (*ibíd.*, p. 632).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

- Una *parte general*, esto es, un conjunto de reglas aplicables a *toda* clase de servicios que quede dentro del ámbito de aplicación de esta regulación⁴¹³. Estas reglas aplicables a toda clase de servicios se encuentran en el *Chapter 2: Rules applying to service contracts in general* (arts. IV.C.-2:101 a IV.C.-2:109 DCFR); y
- Una *parte especial*, que comprende una regulación *particular* de seis determinadas actividades o “tipos” de contratos de servicio, que son tratadas por separado, en capítulos sucesivos dentro del *Book IV Part C. Services* del DCFR. Esos seis capítulos son *Chapter 3: Construction* (construcción); *Chapter 4: Processing* (actividades de mantenimiento, limpieza, reparación, etc.); *Chapter 5: Storage* (depósito); *Chapter 5: Design* (diseño); *Chapter 6: Information or advice* (información o asesoría); *Chapter 7: Treatment* (tratamiento médico).

La forma en que la que se presenta esta regulación de los contratos de servicio, en dos niveles, es *levemente distinta* en el modelo de los PEL SC y en el del DCFR.

Los PEL SC se dividen en *siete capítulos*. Su primer capítulo (*General provisions*) incluye la descripción de su ámbito de aplicación (art. 1:101 PEL SC) y las reglas generales aplicables a todos los contratos de servicios (arts. 1:102 a 1:115 PEL SC). Es decir, el primer capítulo de los PEL SC se dividió en dos capítulos al pasar al DCFR. Los restantes seis capítulos de los PEL SC (capítulos 2 a 7 PEL SC) regulan los mismos seis particulares contratos de

⁴¹³ Las reglas sobre ámbito de aplicación de esta regulación se encuentran en el *Capítulo 1 (General provisions)* del Libro IV, Parte C (*Services*) del DCFR (arts. IV.C.-1:101 a IV.C.-1:103 DCFR), sobre las que trato más adelante (*infra* [142] y ss.).

servicio arriba indicados, con el mismo nombre y en el mismo orden en que se regulan en el DCFR⁴¹⁴.

[132] Ambos grupos de reglas –las generales y las especiales– se encuentran estrechamente interrelacionadas. Tal como se ha dicho antes, el TWT obtuvo las reglas generales a través de un proceso de *inducción*: primero trabajó en la regulación de los contratos en particular y luego, redactó las reglas generales. De ahí que las reglas generales sean también aplicables a los contratos especialmente regulados, aunque de *forma supletoria*, primando, en caso de conflicto, las reglas especiales⁴¹⁵. Los redactores de los PEL SC explican que la

⁴¹⁴ En este punto, la única diferencia en relación con la denominación de los tipos de servicio es que el tipo “información y asesoría” del DCFR [*Chapter 7 (Information and advice)* art. IV.C.–7:101 y ss.] se denomina únicamente “información” en los PEL SC [*Chapter 6 (Information)*]. La diferencia terminológica no es relevante, porque el tipo *information* de los PEL SC no se limita a la información, sino que también incluye al servicio que consiste en dar recomendaciones o consejos [art. 6:101 (1) PEL SC (*Scope of Application*): “*This Chapter applies to contracts whereby one party, the information provider, is to supply information, such as factual information, evaluative information or a recommendation to another party, the client*”]. Por lo demás, el propio DCFR utiliza, en otro artículo, la conjunción «o» en la denominación de este tipo (*information or advice*), en el art. IV.C.–1:101(2) DCFR (*Scope*).

⁴¹⁵ El carácter supletorio de la regulación de la parte general respecto de la especial se obtiene de la lectura sistemática de dos artículos y de sus respectivos comentarios: del art. IV.C.–1:101(2) DCFR (*Scope*): “*It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment*” y del art. IV.C.–1:103 (b) DCFR (*Priority rules*): “*In the case of any conflict: [...] (b) the rules in Chapters 3 to 8 of this Part prevail over the rules in Chapter 2 of this Part*”. En el *comment B* del art. IV.C.–1:101 DCFR se expresa que el “[p]aragraph (2) list the types of service contracts which are covered more specifically in later Chapters of this Part. The general rules on service contracts are applicable to such contracts, but some of these rules are particularised or modified in the specific Chapters” [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1598]. Por su parte, el *comment* del art. IV.C.–1:103 DCFR reitera la misma idea: “The general rules for all service contracts in Chapter 2 apply to the specific types of service contracts covered in the subsequent Chapters (as well as to other innominate service contracts), but as the rules for those special types of contract are more specific they prevail over the general rules in Chapter 2” (*ibíd.*, p. 1601).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

relación entre ambas clases reglas (generales y especiales) debe proyectarse en la labor interpretativa, en el sentido de que tanto las reglas como los comentarios contenidos en la parte especial deben leerse en conexión con las reglas y comentarios de la parte general⁴¹⁶.

[133] Pues bien, en relación con esta característica, una primera pregunta que la regulación de los *service contracts* del DCFR plantea es, *si es conveniente una regulación en dos niveles*; es decir, si es conveniente, a la hora de construir un modelo de regulación de los contratos de servicio, considerar unas reglas generales aplicables a todos los contratos de servicio, y además, una regulación especial para ciertos tipos o clases de contratos de servicio.

[134] Hay buenos motivos para pensar que esta opción de regulación *puede ser acertada*. Se ha sugerido que la generalización de ciertos deberes y obligaciones comunes a una serie de contratos –esto es, el contar con una parte general– evita la necesidad de la aplicación analógica de las soluciones particulares, y que, a la vez, tal diseño normativo estimularía a la doctrina a pensar en términos de *contratos de servicios* y a diseñar un número significativo de reglas para problemas idénticos⁴¹⁷. Se ha sugerido, adicionalmente, que algunos

En los PEL SC, el carácter supletorio de la parte general respecto de la regulación particular se refleja en un solo artículo, el art. 1:101 PEL SC (*Scope of Application*): “[...] (2) *This Chapter [se refiere al Chapter I. General Provisions] applies to contracts for construction, processing, storage, design, information, and treatment, unless provided otherwise in Chapters 2 to 7*”.

⁴¹⁶ Esta explicación, no se recoge en los comentarios del DCFR, pero sí en los PEL SC [cfr. BARENDRECHT *et al.*, *General Introduction V*, PEL SC, p. 129; y también en el *comment B* del Chapter 1 (*ibíd.*, p. 132)].

⁴¹⁷ Tjong (2010) p. 179.

servicios merecen, dada su importancia práctica, una regulación especial que atienda a sus particularidades⁴¹⁸. Ello justifica que, junto con una parte general de los contratos de servicios, sea razonable considerar una parte especial de los contratos de servicio.

[135] A pesar de las aparentes ventajas que parece tener una regulación en dos niveles, la construcción de un modelo de regulación, que contemple unas reglas generales para todos los contratos de servicio y otras reglas particulares para unos determinados contratos de servicios, puede tener como *efecto negativo*, el que la regulación *no sea lo suficientemente flexible* para dar respuesta a las exigencias del tráfico.

Esta crítica proviene del ámbito del *Common Law*. Y es que hay que considerar que, como sostiene WHITTAKER, la aproximación del modelo de los *service contracts* del DCFR en este punto –el contemplar un régimen general y una regulación de particulares clases de servicios– es mucho más cercana a la tradición del Derecho continental, que a la

En esta línea, las bondades del modelo del DCFR, en este aspecto, han sido destacadas por MACGREGOR, en relación con su potencial utilidad para modernizar el Derecho escocés, Derecho en el que, como indica la autora, la materia de los servicios está pobremente regulada. En su opinión, las bases jurídicas que comparte el DCFR con los países de tradición civilista sugeriría que podría funcionar bien un “transplante legal”, y que algunas de las disposiciones del DCFR tienen un alto grado de similitud con las recomendaciones que ha hecho la *Scottish Law Commission* [cfr. MACGREGOR, L., “Report on the Draft Common Frame of Reference: a report prepared for the Scottish Government on the document known as Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law”, pp. 4 y 14. Disponible en: <http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/262952/0078639.pdf>].

⁴¹⁸ BORGHETTI (2010) p. 109.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

del Derecho inglés ⁴¹⁹. En el Derecho inglés, como se sabe, no existe una regulación sistemática de los diferentes tipos contractuales ⁴²⁰, y los contratos de servicios no son la excepción ⁴²¹. Sin embargo, la falta de una regulación sistemática de los tipos contractuales no se ve como algo necesariamente negativo. El mismo WHITTAKER, por ejemplo, plantea que, si bien la aproximación del Derecho inglés a las clasificaciones de los contratos de servicio podría ser vista “en el mejor de los casos como asistemática, y en el peor, como caótica”, ella refleja un reconocimiento de que corresponde al mercado determinar las diversas variedades de

⁴¹⁹ En el sentido de que “permanece enraizada en la visión tradicional de clasificación de los contratos trazada a partir de los contratos nominados del Derecho romano” [cfr. WHITTAKER, S., “Contracts for services in English Law and in the DCFR”, en ZIMMERMANN, R. (coord.) *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 146].

⁴²⁰ Sobre los tipos contractuales y las diversas clasificaciones de los contratos en el Derecho inglés, véase el ya referido trabajo de SAMUEL (2011), *supra* nota 288.

⁴²¹ La regulación de los contratos de servicio hay que buscarla, por tanto, en las reglas del *Common Law* y en estatutos especiales. Así, por ejemplo, el *Supply of Goods and Services Act 1982* (en adelante SGSA) regula ciertos aspectos de los contratos “for the supply of a service”. Se entiende por *contract for the supply of a service*, “a contract under which a person («the supplier») agrees to carry out a service” [s. 12 (*The contracts concerned*)]. En particular, se establece que ciertas cláusulas deben considerarse incluidas en forma implícita (*implied terms*) en los contratos *for the supply of a service*. Entre esas cláusulas, por ejemplo, se cuenta que el prestador del servicio, en la medida que desarrolla una actividad profesional, debe hacerlo con pericia y cuidado [s. 13 (*Implied term about care and skill*)] y que debe cumplir en un tiempo razonable [s. 14 (*Implied term about time for performance*)]. Sin embargo, tales reglas no son imperativas, sino dispositivas y no afectan aquellos supuestos en los que la ley impone una responsabilidad más estricta [s. 16 (*Exclusion of implied terms*)].

En el Derecho estadounidense, la aproximación a la regulación de los contratos de servicio es igualmente asistemática: la regulación del Derecho contractual de los servicios se halla tanto en las reglas del *Common Law* como en diversos estatutos, que, además, en el caso de EE.UU., varían de un Estado a otro. El *Uniform Commercial Code* (en adelante UCC) sólo se refiere a los *contracts for services* de una manera marginal e indirecta: únicamente se incluyen aquellos servicios que forman parte de una compraventa, y siempre que la parte “venta” sea la principal del contrato. Hay quienes han postulado la conveniencia de una codificación de los contratos de servicio a nivel nacional, incorporando estos contratos al UCC [así NIMMER, R., “Services Contracts: The forgotten sector of Commercial Law”, *LLALR*, v. 26, 1993, pp. 725-742].

contratos de servicio, y que a la ley le corresponde responder con flexibilidad para regular sus particularidades⁴²².

[136] Otro aspecto *potencialmente negativo* de la opción por regular los contratos de servicio en dos niveles –parte general y parte especial– es que este diseño *requiere un importante trabajo de coordinación y sistematización*, a fin de evitar reiteraciones innecesarias. Me explico. En el modelo de los *service contracts* del DCFR es posible observar cierta reiteración o duplicidad en las reglas. Por ejemplo, el art. IV.C.–2:103 DCFR (*Obligation to co-operate*) desarrolla extensamente qué es lo que implica la obligación de cooperación en el contexto particular de los *service contracts*⁴²³, especificando así la

⁴²² Cfr. WHITTAKER (2010) p. 146. La crítica es compartida por el autor estadounidense FLECHTNER: “the DCFR approach, which locks into a particular verbal formulation of service contract rules, may also produce a disadvantage the DCFR rules are less flexible, less able to adapt to unanticipated situation, than the common law approach” [FLECHTNER, H., “Service Contracts in the United States (and from an Economic Perspective): A Comparative View of the DCFR’s Service Contract Provisions and their Application to *Hawkins v McGee*”, en ZIMMERMANN, R. (coord.) *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, p. 152.

⁴²³ Art. IV.C.–2:103 DCFR (*Obligation to co-operate*): “(1) The obligation of co-operation requires in particular: / (a) the client to answer reasonable requests by the service provider for information in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract; / (b) the client to give directions regarding the performance of the service in so far as this may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract; / (c) the client, in so far as the client is to obtain permits or licences, to obtain these at such time as may reasonably be considered necessary to enable the service provider to perform the obligations under the contract; / (d) the service provider to give the client a reasonable opportunity to determine whether the service provider is performing the obligations under the contract; and / (e) the parties to co-ordinate their respective efforts in so far as this may reasonably be considered necessary to perform their respective obligations under the contract. / (2) If the client fails to perform the obligations under paragraph (1)(a) or (b), the service provider may either withhold performance or base performance on the expectations, preferences and priorities the client could reasonably be expected to have, given the information and directions which have been gathered, provided that the client is warned in accordance

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

obligación que, con carácter general y en términos más sucintos, consagra el art. III.-1:104 DCFR (*Co-operation*) para toda obligación⁴²⁴. Pues bien, pese a que en el art. IV.C.-2:103 DCFR de la parte general de los *service contracts* se desarrolla extensamente el contenido de esta obligación de cooperación, luego se contienen, dentro de la parte especial, más reglas específicas sobre el deber de cooperación [así, en el contrato de *construction*, art. IV. C.-3:102 (*Obligation of client to co-operate*); y en el de *processing*, art. IV.C.-4:102 (*Obligation of client to co-operate*)].

Frente a esto, es razonable preguntarse ¿es necesario decir qué es lo que implica el deber de cooperación –ya desarrollado extensamente en la parte general de los *service contracts*– en el contexto de un contrato de servicio en particular? Posiblemente la respuesta sea negativa. Y es que, en mi opinión, existiendo un régimen contractual aplicable a todos los contratos de servicios, una parte especial que se refiera a unos particulares contratos de servicios sólo se justifica en cuanto que en esa parte especial se aborden aspectos en los que sea *necesario desviarse* de las reglas de la parte general. Como técnica legislativa, no parece que

with IV.C-2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn)./ (3) If the client fails to perform the obligations under paragraph (1) causing the service to become more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to:/ (a) damages for the loss the service provider sustained as a consequence of the non-performance; and /(b) an adjustment of the time allowed for supplying the service”.

⁴²⁴ Art. III.-1:104 DCFR (*Co-operation*): “The debtor and creditor are obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor’s obligation”. El texto es casi idéntico al del art. 5.1.3 Principios Unidroit (*Cooperación entre las partes*): “Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”.

tenga mucho sentido reiterar o especificar las reglas generales en la regulación particular de cada uno de los contratos de servicio.

[137] Adicionalmente, y como otro aspecto negativo, esa reiteración y especificación de las reglas generales de la regulación de los *service contracts* en la parte especial de los *service contracts* del DCFR genera que la regulación sea excesivamente *voluminosa* y *detallada*. De hecho, los propios miembros del TWT admiten que el nivel de detalle de la regulación es *quizás demasiado alto*, aunque entienden que ello se justifica por cuanto la parte especial contiene algunas reglas que no podían ser generalizadas⁴²⁵. Hay, además, otra posible justificación para optar por una regulación extensa y detallada: la necesidad de que las reglas en materia contractual *sean eficientes*. Al menos, así lo entienden los redactores del DCFR, cuyas palabras sobre el punto vale la pena reproducir:

“It is an aid to efficiency to provide extensive default rules for common types of contract and common types of contractual

⁴²⁵ Cabe recordar que la parte general de los *service contracts* se obtuvo mediante un proceso de “inducción”. Primero se trabajó en la parte especial, y a partir de ello se construyó el régimen general. Sobre el punto, conviene reproducir las palabras de LOOS: “[w]e [...] wrote separate chapters for each category containing conceptual rules based on a comparative analysis of legislation, standard contracts, and case law [...] [u]ltimately, these rules were then once again generalised. In the process differences between the separate sets of rules for these specific services were eliminated, unless they appeared to be type-specific for the service at hand. As a consequence, we succeeded in developing a General Chapter on Service Contracts with additional rules in the following Chapters for the specific services from which we had deduced the general rules. The rules in these specific Chapters sometimes derogated from the general rules, but more often provided supplemental rules for situations, which no longer could be generalised. *As a result, the level of detail in both the General Chapter and the specific Chapters is sometimes rather (and perhaps sometimes: too) high*” [cfr. LOOS (2009) p. 3; cursivas añadidas].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

problem. This is particularly useful for individuals and small businesses who do not have the same legal resources as big businesses. If matters which experience shows are likely to cause difficulty can be regulated in advance, in a fair and reasonable manner, that is to much more efficient than having to litigate about them later. It is hoped that the content of the default rules will also promote efficiency"⁴²⁶.

Pues bien, y a pesar de esas justificaciones, el volumen y nivel de detalle de la regulación de los *service contracts* del DCFR son aspectos que han sido destacados *negativamente* por la doctrina, sugiriéndose que deberían evitarse en una regulación a nivel de Derecho interno ⁴²⁷. Y también se ha sugerido que ni un mayor volumen, ni un mayor nivel de

⁴²⁶ VON BAR/CLIVE (edits) *DCFR full*, v. 1, pp. 60-61. Cabe tener presente que la eficiencia es uno de los cuatro "principios subyacentes" del DCFR, junto con la libertad, la seguridad y la justicia (*ibíd.*, v. 1, p. 37 y ss.).

⁴²⁷ Así, por ejemplo, en la doctrina española, FERRER I RIBA considera, pensando en una futura regulación de los contratos de servicio (en el Derecho civil catalán), que es adecuado regular expresamente, como hace el DCFR, los deberes de información, advertencia y cooperación, ofreciendo a las partes un régimen supletorio, pero estima que este régimen puede ser simplificado [*cfr.* (2012) especialmente, pp. 228 y 233].

En un sentido parecido se ha pronunciado BORGUETTI, en relación con la potencial utilidad de la regulación de los *services contracts* del DCFR como modelo para reformar el Código civil francés. Este autor reconoce que el modelo del DCFR puede servir como fuente de inspiración para superar la estructura de la regulación del *Code civil*, pero se muestra mucho más escéptico en lo referente al régimen legal del DCFR. Ello, porque considera que este régimen es demasiado voluminoso. A su juicio, es preferible, al menos desde la perspectiva del Derecho francés, la regulación del Código civil de Quebec [sobre el modelo de Código civil de Quebec, valga lo dicho *supra* nota 194], cuyas reglas BORGUETTI califica como "reducidas, precisas y probablemente más útiles" [*cfr.* (2010) pp. 108-110].

detalle, implican que las normas del DCFR en materia de *service contracts* sean necesariamente más eficientes⁴²⁸.

c) La elección de los *service contracts* especialmente regulados no obedeció a razones técnico-jurídicas

[138] Decía que, admitida la conveniencia de contar con una parte especial dentro de la regulación de los contratos de servicio, el modelo de los *service contracts* del DCFR plantea una segunda cuestión: ¿es acertada la elección de las actividades especialmente reguladas en el modelo de los *service contracts* del DCFR? Conviene recordar que son seis las actividades de servicio especialmente reguladas: *construction, processing, storage, design, information and advice* y *treatment*.

[139] En relación con esta cuestión, lo primero que hay que apuntar es que la regulación de los *service contracts* del DCFR se califica por sus propios redactores como “general” (en el sentido de “amplia”) en comparación con la regulación de los contratos de servicios que puede hallarse en los distintos ordenamientos nacionales. Así, por

⁴²⁸ En este sentido, FLECHTNER en un estudio comparado del modelo DCFR con la aproximación del Derecho estadounidense, considera que si bien la sistematización de las reglas es un aspecto positivo (en el sentido que hace más fácil encontrar las soluciones legales, reduciendo los costes en la fase de negociación), el hecho de que se trate de reglas muy detalladas –y además redactadas exclusivamente por académicos– plantea dudas sobre su eficiencia, en cuanto podrían no estar suficientemente adaptadas para los contratos que ellas pretenden regular. En este sentido, señala: “[t]he flexibility of the approach of U.S law, along with the fact that U.S service contract law rules arise out of resolution of actual disputes and thus are grounded in the reality facing the parties to service contracts, could have advantages in producing default rules that are efficient with respect to the underlying transaction” [*cfr.* (2010) pp. 152-155, la cita textual en p. 154].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

ejemplo, se destaca que dentro de los *services contracts* se incluye el contrato de *storage* (arts. IV.C.-5:101 al IV.C.-5:110 DCFR), contrato que se corresponde con el contrato de depósito y que es generalmente tratado por las legislaciones nacionales en forma separada a la de los contratos de servicios (v. gr. en el *Code civil*, art. 1915 y ss; en el Código civil español, art. 1758 y ss.). También los redactores ponen de relieve que no se consagra ninguna distinción formal entre contratos relativos a servicios “materiales” y contratos relativos a servicios “inmateriales”⁴²⁹.

[140] Ahora, una cuestión importante que debe tenerse presente es que la decisión de considerar unas determinadas actividades dentro del marco de los *service contracts* –y la de excluir otras– no obedeció necesariamente a razones técnico-jurídicas. En efecto, pese a que un estudio preliminar (elaborado por uno de los miembros del TWT, Loos, en 2001) sugería considerar hasta diez tipos especiales de contratos de servicios (*advice, agency, construction, design, information, intermediation, processing, storage, transportation, y treatment*)⁴³⁰, el TWT decidió sólo trabajar con los seis tipos que finalmente fueron recogidos en los PEL SC, y por ende, los seis recogidos en el DCFR. ¿La razón? Es probable que un estudio más detallado haya demostrado que algunas de esas clases de servicios no podían ser distinguidas entre sí, al menos no para desprender diferencias jurídicamente relevantes que justificaran un tratamiento separado. Esto puede explicar, por ejemplo,

⁴²⁹ Cfr. *comment* B del art. IV.C.-1:101 DCFR (*Scope*) [VON BAR/CLIVE (edits.) DCFR full, v. 2, p. 1598].

⁴³⁰ Trabajo citado *supra* nota 397, particularmente, pp. 569-570.

el tratamiento conjunto que se hace en el modelo de los *service contracts* de las actividades de *advice* y de *information*⁴³¹. Sin embargo, es un hecho que la decisión de abordar sólo estas seis clases de servicios se debió, en forma mucho más importante, a la *falta de capacidad de trabajo, tiempo y recursos*⁴³².

El hecho de que, por las razones que se acaban de apuntar, en el modelo del DCFR se consideren *sólo seis clases de servicios* en la parte especial de los *service contracts*, tiene algunas consecuencias, que conviene tener presentes. *Por un lado*, la limitada elección de los tipos de servicio determina que las bases a partir de las cuales se construye el régimen general de los *service contracts* –que, como se ha dicho, se obtuvo a partir de un proceso de inducción– sean muy pequeñas⁴³³. *Por otro lado*, el hecho de que sólo se aborden estos tipos –y que otros tipos contractuales queden excluidos– es una elección que puede justificarse, metodológicamente, como una delimitación *a priori* del objeto de estudio del TWT (por la mentada falta de capacidad de trabajo, de tiempo y de recursos económicos). El problema es que, una vez que esta

⁴³¹ Cfr. LOOS (2001) p. 570.

⁴³² Cfr. LOOS (2010) p. 3; y JANSEN (2010) p. 52. La falta de capacidad de trabajo, de tiempo y de recursos afectó otros aspectos del trabajo del TWT. Así, por ejemplo, la falta de tiempo y las restricciones presupuestarias determinaron que no se consideraran todos los ordenamientos jurídicos de los países que pertenecían a la Unión Europea (quedando excluidos todos los que ingresaron a la Unión Europea después del 1 de Marzo de 2004, con excepción de Polonia). Y además el TWT no pudo reclutar investigadores que informaran sobre el Derecho de Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Escocia [cfr. BARENDRECHT *et al.*, *PEL SC, General Introduction* (VII) p. 130].

⁴³³ Loos (2010) p. 3. Además, los redactores de los PEL SC indican que, en la redacción de la parte general, los Derechos de Bélgica, Finlandia, Grecia, Polonia, España y Suecia están representados sólo hasta cierto punto [cfr. BARENDRECHT *et al.*, *PEL SC, Chapter I, General provisions* (E) p. 136].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

regulación de los PEL SC se incorpora a una texto más amplio como es el DCFR, esta justificación no es suficiente. Se vuelve necesario justificar jurídicamente porqué, dentro de la categoría de los *service contracts*, no se integran otros tipos contractuales en los que puede entenderse que se presta un servicio, y que son tratados en el DCFR por separado, como ocurre, por ejemplo, con el contrato de mandato (en el apartado siguiente ahondo sobre el ámbito de aplicación de los *service contracts* del DCFR, y en particular, sobre la exclusión del mandato).

[141] Llegados a este punto, es posible considerar si, en relación con estas características, el modelo de los *service contracts* del DCFR ofrece o no ventajas como modelo de reforma.

En este sentido, creo que desde el punto de vista del *Derecho español*, la idea de contar con una regulación en *dos niveles* –parte general, parte especial– seguramente tendría buena acogida. La idea de concebir los “contratos de servicio” como una categoría más amplia, tal como lo hace el modelo del DCFR, no es una idea extraña a la moderna doctrina española ⁴³⁴. Y es más, desde hace algún tiempo se viene planteando la

⁴³⁴ MORALES MORENO, por ejemplo, entiende que pueden agruparse como contratos de servicios –a pesar de su regulación separada– el depósito remunerado, el mandato retribuido, el contrato de transporte, o el de hospedaje, entre otros [MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, p. 54].

El reciente *Tratado de Contratos*, dirigido por R. BERCOVITZ por ejemplo, adopta esta perspectiva más amplia. Bajo la rúbrica “contratos de prestación de servicios y realización de obras”, se consideran las siguientes subcategorías: *i)* contratos de prestación de servicios (donde se incluye el arrendamiento de servicios, los servicios de guarda y custodia, los servicios de gestión e intermediación y los servicios empresariales); *ii)* el contrato de obra (en el que se distingue y trata por separado el

conveniencia de adoptar una regulación general para los contratos de servicio ⁴³⁵. En este sentido, la adopción de la regulación de los *service contracts*, como modelo de reforma, permite una aproximación distinta a los contratos de servicio (en sentido amplio), en relación con el modelo jurisprudencial dual que se utiliza actualmente en España, aproximación que se considera un *avance* respecto del modelo de regulación vigente ⁴³⁶.

Esto no quiere decir, sin embargo, que en una futura reforma del Código civil deban regularse los mismos tipos de servicios que son especialmente regulados en el modelo del DCFR. En la medida en que la elección de estos tipos por parte del TWT no estuvo determinada por criterios técnicos, se trata de un aspecto que convendría estudiar con mayor detalle.

Sin perjuicio de esto, el modelo de los *service contracts* del DCFR –y particularmente, la elección de los tipos especialmente considerados– invita –y esto es un aspecto positivo– al análisis de figuras contractuales

contrato de obra y el de edificación); y *iii*) gestión y servicios profesionales [2.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, t. 3, p. 3319 y ss.].

⁴³⁵ Así, entre otros, ORTEGA DÍAZ (2008) pp. 266-267 (aunque el autor plantea que este tipo general de servicios no debería considerar el contrato de edificación, que debería ser regulado por separado); y VILLANUEVA, *Los contratos de servicio*, especialmente, p. 61 y ss.

⁴³⁶ DE BARRÓN ARNICHES, por ejemplo, precisamente comentando el modelo del DCFR, expresa: “con independencia del acierto o no en la delimitación de las seis modalidades concretas de servicio que son objeto de regulación en detalle [...] no cabe duda que la opción por el criterio de la tipicidad se revela como un avance esencial, y tremendamente útil para el legislador y para los tribunales españoles, porque, como mínimo, implica el esfuerzo por desarrollar esta figura jurídica del contrato de servicios, mediante la determinación de los elementos diferenciadores y singularizadores de cada tipo de servicio” [(2008) p. 13].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

específicas que, hasta ahora, se diluyen en las categorías de “contrato de obra” o “contrato de servicio”, y que, salvo supuestos muy especiales, carecen de una regulación particular, como ocurre, por ejemplo, con los contratos que tienen por objeto la reparación o el mantenimiento de alguna cosa de propiedad del cliente [el contrato de *processing* del DCFR (arts. IV.C.–4:101 al IV.C.–4:108)]⁴³⁷. El modelo del DCFR permite, también, tratar como “contrato de servicio” (en sentido amplio) al contrato de depósito [el contrato de *storage* del DCFR (arts. IV.C.–5:101

⁴³⁷ En el Derecho español, el contrato de reparación o de mantenimiento del DCFR es, en palabras de VAQUER ALOY “un contrato atípico pero muy frecuente en la jurisprudencia española” [“Capítulo 4. Mantenimiento”, en VAQUER/BOSCH/SÁNCHEZ (coords.) *Derecho Europeo de Contratos*, p. 1231]. El mismo autor es crítico de la amplitud del tipo “*processing*” del DCFR, en cuanto abarca “desde la reparación de un automóvil a la limpieza de una vivienda” y en su opinión, su consideración como contrato especial de servicio se justificaría porque “el contrato de mantenimiento plantearía alguna especialidad en tema de conformidad de la prestación, pues en el caso de las reparaciones, por ejemplo, el hecho de que previamente deba identificarse la avería impide que inicialmente el prestador de servicios pueda garantizar siempre la conformidad de su prestación en relación con el resultado pretendido por el cliente, que es que la cosa vuelva a funcionar correctamente” (*ibíd.*, p. 1233).

En el Derecho español, según lo que ya se ha explicado, un contrato que tenga por objeto la reparación o el mantenimiento será calificado como contrato *de obra* (si se entiende que el deudor debe asegurar el resultado de la reparación) o como contrato *de servicios* (si se mira la obligación del deudor como una obligación de medios o de diligencia). Ahora bien, un supuesto específico de *processing* que tiene regulación en el Derecho español es la reparación de vehículos en talleres mecánicos, a la que se refiere el RD 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes (BOE n. 169 de 16/07/1986). Este RD 1457/1986 aborda tanto aspectos administrativos (por ejemplo, los requisitos de funcionamiento del taller) como *algunos aspectos que inciden en la relación contractual* entre el taller y el cliente [por ejemplo, la imposición de ciertos deberes de información al usuario (art. 12) o el régimen de garantías de la reparación (art. 16)]. Otro supuesto específico es el regulado en el RD 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico (BOE n. 29 de 3/2/1988). Al igual que el RD 1457/1986, el RD 58/1988 aborda tanto aspectos administrativos (por ejemplo, los organismos competentes para conocer de las infracciones al RD y el régimen de sanciones) como *algunos aspectos que inciden en la relación contractual* [por ejemplo, el derecho a un presupuesto (art. 3) o el régimen de garantías (art. 6)].

a 5:110)], cuyo tratamiento separado de los arrendamientos de obra y servicio dentro del Código civil obedece, como ya se ha mostrado en otro lugar, únicamente a razones históricas ⁴³⁸.

Es oportuno, en este lugar, dar cuenta de la aproximación que adoptan la PCM y el BAS:

i. La PCM, dentro del Libro V (*De los contratos mercantiles en particular*), trata separadamente el *contrato de obra por empresa* (Título II, arts. 521-1 a 527-3) y los *contratos de prestación de servicios mercantiles y sobre bienes inmateriales* (Título III, arts. 531-1 a 536-8). El tratamiento separado de estos dos contratos denota que, para la PCM, dichos dos contratos *no son especies de una misma clase, sino contratos distintos* ⁴³⁹.

La forma en que la PCM regula tales contratos plantea la pregunta de si se está recogiendo aquí el modelo dual jurisprudencial (*contrato de servicios/contrato de obra*), que se ha descrito en los capítulos anteriores. La propia Exp. de motiv. de la PMC parece ofrecer una respuesta a tal pregunta, en términos negativos, puesto que se dice que “[e]stos contratos, aunque recuerdan el arrendamiento de obra o de servicios del Código civil, constituyen tipos contractuales distintos, cuyo régimen jurídico recoge unos

⁴³⁸ La inclusión del depósito en la categoría de los *service contracts* del DCFR se ha calificado como “un acierto de este texto que está totalmente justificado por razones de coherencia sistemática, pues, a fin de cuentas, en el depósito el deudor se compromete igualmente a realizar un servicio (la guarda o la custodia de la cosa depositada)” [CRESPO MORA (2011) p. 47].

⁴³⁹ En la Exp. de motiv. de la PCM se indica que “cada título del Libro se refiere a un contrato determinado o a un grupo de contratos caracterizados por el hecho de que la prestación principal que constituye su objeto tiene un contenido que coincide en los contratos en los aspectos sustanciales” (VI-10).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

criterios que reflejan claramente la realidad de unos tipos contractuales que tienen una importancia extraordinaria en la práctica del mercado”. Pese a lo que se dice en la Exp. de motiv., lo cierto es que la PCM parece conservar el modelo jurisprudencial dual servicios/obra. En efecto, la diferencia entre estos dos contratos radica, precisamente, en que en el *contrato de obra por empresa* el contratista debe un resultado, mientras que en el *contrato de servicios mercantiles* el prestador se obliga a una actividad, sin obligarse a un resultado determinado. Así se desprende con claridad de las definiciones legales de estos contratos ⁴⁴⁰.

En la PCM, el *contrato de servicios mercantiles* se presenta como un tipo genérico, en el sentido de que se contempla un régimen de aplicación general (arts. 531-2 al 531-8) –regulación que es notoriamente más breve y concisa que el régimen general de los *service contracts* del DCFR– y luego se regulan, dentro del mismo Título, cinco *particulares contratos de servicios*. Ninguno de ellos corresponde a los regulados en el modelo de los *service*

⁴⁴⁰ El art. 521-1 PCM (*Noción*) señala: “1. Por el contrato mercantil de obra por empresa el contratista, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se obliga frente al comitente a ejecutar una obra determinada a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos./ 2. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por cualquier medio o actividad, de otro resultado convenido por las partes”. Esta idea se refuerza en el art. 521-4 PCM (*Ámbito de aplicación*) en cuanto señala: “1. Quedan fuera del ámbito de aplicación de este Capítulo:/ a) Los contratos cuyo fin principal no sea la consecución de un resultado [...]”.

Por su parte, el art. 531-1 PCM (*Noción*) señala: “1. Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado”.

contracts del DCFR ⁴⁴¹. Por lo demás, en esta categoría de *contratos de servicios mercantiles no quedan incluidos, como se ha dicho*, el “contrato de obra por empresa”, y tampoco los “contratos de colaboración” (art. 541-1 y ss. PCM), el “depósito mercantil” (art. 551-1 y ss. PCM). y el “contrato de transporte” (art. 561-1. PCM), contratos éstos que son regulados en Títulos separados al interior del Libro V.

ii. El BAS, de momento, sólo contiene una regulación de la parte general de los contratos de servicios. Esta regulación, como se ha dicho anteriormente, sigue muy de cerca el modelo del DCFR, aunque el contenido de los artículos del BAS es mucho más conciso comparado con el DCFR. Según informa ESCARTÍN, la Sección civil de la Comisión General de Codificación pretende incorporar, más adelante, la regulación de unos específicos contratos de servicio,

⁴⁴¹ Los servicios mercantiles especialmente regulados son *i)* los *contratos para las comunicaciones electrónicas* (art. 532-1 y ss.); *ii)* los *contratos publicitarios* (art. 533-1 y ss.); *iii)* los *contratos de servicios turístico* (art. 534-1 y ss.); *iv)* el *contrato de cesión de bienes inmateriales* (art. 535-1); y *v)* el *contrato de licencia de bienes inmateriales* (art. 536-1 y ss.). De estos cinco particulares contratos de servicios, los tres primeros son concebidos como *categorías*, en cuanto cada uno de ellos contempla, a su vez, diversas relaciones contractuales más específicas. Así, dentro de los contratos para las comunicaciones electrónicas se regulan dos contratos: el de servicio de comunicación electrónica (art. 532-2 y ss.) y el contrato de alojamiento de datos (art. 532-12 y ss.). Lo mismo ocurre con los contratos publicitarios (art. 533-1 y ss.) entre los que se incluyen el contrato de publicidad (art. 533-1 y ss.); el contrato de difusión publicitaria (art. 533-5 y ss.); el contrato de creación publicitaria (art. 533-8 y ss.); el contrato de patrocinio (art. 533-11 y ss.); el contrato de reclamo mercantil o *merchandising* (art. 533-9 y ss.); y el contrato de permuta publicitaria o *bartering* (art. 533-16 y ss.). Con los contratos de servicios turístico ocurre otro tanto: dentro de esta categoría se contempla el contrato de plazas de alojamiento en régimen de contingente (art. 534-1 y ss.); el contrato de gestión de establecimientos de alojamiento turístico (art. 534-4 y ss.); el contrato de viaje combinado (art. 435.7); el contrato de intermediación de servicios turísticos sueltos o aislados (art. 534-8 y ss.); el contrato de alojamiento (art. 534-12 y ss.).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

recogiendo los mismos seis tipos especiales de servicio del DCFR⁴⁴².

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS *SERVICE CONTRACTS* DEL DCFR

[142] La regulación de los *service contracts* del DCFR aparece más como una *categoría contractual*, que como un tipo contractual delimitado por la descripción clara de una prestación característica⁴⁴³. Ello no sólo porque esta regulación da cobijo a una serie de actividades muy diversas (desde la construcción de inmuebles hasta los tratamientos médicos), sino también porque dentro de la regulación de los *service contracts* del DCFR no hay, propiamente, una definición de qué ha de entenderse por “servicio” o por “contratos de servicio” (sin perjuicio de lo que se dirá *infra* [163]). Lo que el DCFR hace es describir el ámbito de aplicación de la regulación, tanto en forma positiva como en forma negativa. Paso a dar cuenta de ello.

⁴⁴² “[E]l Texto de la Sección siguiendo al MCR adopta la solución de establecer una regulación general de los contratos de servicios, para abrir el camino en el futuro a un desarrollo de las siguientes especies: Construcción (inmobiliaria, sea de edificios o de infraestructuras), *processing* (es decir, fabricación, instalación, mantenimiento y reparación de bienes muebles), depósito, proyección o diseño, información o asistencia técnica, y servicios médicos” [ESCARTÍN IPIÉNS (2012) p. 635; cursivas del original].

⁴⁴³ “Como tercer grupo de contratos el DCFR sitúa los de Servicios, *que se configuran como una categoría general* con figuras específicas [...] / *[l]os servicios constituyen una categoría negocial básica, que tiene como centro la realización de una actividad del sujeto obligado*, en contraposición al objeto real, centrado en la adquisición de la propiedad o el uso de un bien, contratos de compraventa o arrendamiento” [VALPUESTA GASTAMINZA (2011) pp. 255-256; cursivas añadidas].

1. LA DELIMITACIÓN POSITIVA: LOS CONTRATOS INCLUIDOS EN LA REGULACIÓN DE LOS *SERVICE CONTRACTS* DEL DCFR

[143] El art. IV.C.-1:101(1)(a) DCFR (*Scope*) señala que la regulación contenida en la Parte C del Libro IV del DCFR (*Services*) se aplica a los contratos en los que una parte, el proveedor del servicio, se obliga a prestar servicios a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio⁴⁴⁴.

[144] Como puede apreciarse, esa descripción positiva del ámbito de aplicación de la mentada *Parte C (Services)* refleja una primera aproximación conceptual al contrato de servicio, aproximación conceptual que se recoge en el apartado de definiciones del DCFR: “*A contract for services is a contract under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client*”⁴⁴⁵.

Esta definición de *service contract* –o *contract for services*– que el DCFR ofrece es una definición evidentemente tautológica. La omisión en proveer una clara definición de los *service contracts* contrasta notablemente con las definiciones que el DCFR contiene para otros contratos, como la compraventa y el arrendamiento de cosas,

⁴⁴⁴ Art. IV.C.-1:101 DCFR: “(1) *This Part of Book IV applies: / (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price [...]*”.

El contenido es casi idéntico al art. 1:101 PELSC (*Scope of Application*): “(1) *This Chapter applies to contracts whereby one party, the service provider, is to supply a service to the other party, the client, in exchange for remuneration*”.

⁴⁴⁵ VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 80; y también en el *comment A* del art. IV.C.-1:101 DCFR (*ibíd.*, v. 2, p. 1597).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

definiciones que sí describen con claridad el objeto del respectivo contrato (es decir, que describen cuál es el contenido de la prestación característica del contrato)⁴⁴⁶. Debido a este carácter tautológico, la definición de *service contract* del DCFR *no parece ofrecer ninguna ventaja* en relación con las definiciones de *servicio* o de *contratos de servicios* que pueden hallarse en la legislación europea ⁴⁴⁷ o con las definiciones de *contratos de servicio* que pueden hallarse en los ordenamientos nacionales [v. gr., en el Derecho inglés (en la s. 12 de la SGSA, *supra* nota 421), en el Código civil holandés (art. 7:400 BW)⁴⁴⁸, o en el Código civil español (art. 1544 CC)].

[145] Hay, no obstante, dos aspectos de la delimitación positiva del ámbito de aplicación de los *service contracts* del DCFR que conviene destacar a la hora de describir este modelo de regulación, aspectos que pueden ser de interés en relación con la posible modernización del

⁴⁴⁶ En este sentido se manifiesta WHITTAKER (2010) p. 135. El art. IV.A.-1:202 DCFR (*Contract for sale*) define el contrato de compraventa como: “*a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price*”. La definición del contrato de arrendamiento, *supra* nota 410.

⁴⁴⁷ Como por ejemplo, la definición de *servicios* del TFUE (*supra* nota 402), la definición de *servicios* de la Directiva 2006/123/CE (*supra* nota 403) o la definición de *contratos de servicio* de la Directiva 2011/83/UE (*supra* nota 402).

⁴⁴⁸ En el Código civil holandés, el contrato para el suministro de un servicio (*overennkomst van opdracht*) también se define en forma tautológica o “circular” y por exclusión, como un “*contrato por el cual una parte, el proveedor del servicio, acuerda con la otra parte, el cliente, fuera de las bases de un contrato de trabajo, realizar actividades, distintas de la construcción de una cosa tangible, el depósito de bienes, la publicación de trabajos o el transporte de personas o mercaderías*” [art. 7:400 (1) BW; trad. propia, a partir de la versión en inglés de WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I., *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009; y del texto que ofrece en inglés TJONG (2010) p. 172]. Sobre la forma en que se regulan los contratos de servicio en el BW, me remito a lo dicho *supra* nota 193.

modelo de regulación de los contratos de servicios del Código civil español. Uno de esos aspectos es la posibilidad de aplicar dicha regulación a los *contratos de servicio gratuitos*. El otro aspecto es la posibilidad de aplicar la regulación a los *contratos mixtos*, al menos a la parte del contrato mixto que consiste en la prestación de un servicio. Los analizo a continuación.

a) La aplicación a los contratos de servicio gratuitos

[146] El art. IV.C.-1:101(1)(b) DCFR (*Scope*) señala que la regulación de los *service contracts* se aplica: “*With appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price*”.

“*Price*” se define en el apartado de definiciones del DCFR en estos términos: “[t]he price is what is due by the debtor under a monetary obligation, in exchange for something supplied or provided, expressed in a currency which the law recognises as such”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹ VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 77.

La regla del art. IV.C.-1:101(1)(b) DCFR reproduce la que contiene el art. 1:101(6) PEL SC (*Scope of Application*): “*This Chapter, with the exception of Article 1:102, applies with appropriate modifications to contracts whereby the service provider is to supply a service to the client otherwise than for remuneration*”.

El cambio de la expresión “*remuneration*” de los PEL SC por “*price*” en el DCFR es puramente formal. En los PEL SC se usa la expresión *remuneration* por oposición a *gratuitously* [por ejemplo, se dice: “the obligation to supply a service is to be performed in exchange for remuneration [...] however, the Chapter may still be applicable if a service is supplied gratuitously” [*comment A* del art. 1:101 PEL SC, BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 140].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Como se puede ver, el DCFR dispone la aplicación de esta regulación de los *service contracts* a aquellos contratos en los que el servicio *no se presta a cambio de un precio*. Esto significa que la regulación de los *service contracts* se aplica tanto a servicios que se prestan *a cambio de otras prestaciones (distintas del pago de una suma de dinero)* como a los contratos de servicio *gratuitos*. Así, puede entenderse que el carácter gratuito de la prestación que asume el prestador del servicio no alcanza a excluir la estructura típica del contrato. Dicho de otro modo, *un contrato de servicio gratuito no se considera, ni se regula, como una especie de donación*⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ En la regulación del DCFR, la donación sólo es de bienes (*goods*). Así surge con claridad del tenor del art. IV.H.-1:101 DCFR (*Contracts covered*): “(1) *This Part of Book IV applies to contracts for the donation of goods. (2) A contract for the donation of goods is a contract under which one party, the donor, gratuitously undertakes to transfer the ownership of goods to another party, the donee, and does so with an intention to benefit the donee*”. En el apartado de definiciones del DCFR, se señala que “Goods means corporeal movables. It includes ships, vessels, hovercraft or aircraft, space objects, animals, liquids and gases” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 72].

En el *comment A* de este artículo se indica: “[t]he objects of the contract dealt with in this Part of Book IV are mainly goods in the sense of corporeal movables [...] However, this Part of Book IV applies also to other assets mentioned in IV.H.-1:103 (*Other assets*)” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 3, pp. 2799-2800]. En el mentado art. H.-1:103 DCFR (*Application to other assets*) se establece que la regulación de la Parte H del Libro IV (*Donation*) se aplica, *con las apropiadas adaptaciones*, a la donación de dinero, de electricidad, de acciones y otros instrumentos negociables, de otras formas de propiedad inmaterial, incluyendo derechos personales, propiedad intelectual o industrial y otros derechos transferibles, y a los contratos que gratuitamente confieren derechos en información, incluyendo softwares y bases de datos. Por esto que se acaba de indicar, uno podría imaginar algunos supuestos en los que no sea tan claro si deben aplicarse las reglas de los *service contracts* o las de la donación. Por ejemplo, si una parte se obliga a suministrar cierta información gratuitamente a la otra ¿debe tal contrato gratuito, de conformidad con lo dispuesto en el art. IV.C.-1:101(1)(b) DCFR, regularse por las reglas de los *service contracts*, particularmente por las del contrato de *information or advice*? ¿o debe, en cambio, regularse por las reglas de la donación, de conformidad con lo dispuesto en el art. H.-1:103 DCFR? En mi opinión, si la prestación cabe dentro del ámbito de los *service contracts*, entonces no cabe entender que tal contrato sea una donación. Como argumento, considérese

No obstante lo dicho, puede plantearse un problema de calificación contractual entre el *contrato de servicio* y el *contrato de donación*, en el supuesto en el que una de las partes del contrato asuma *gratuitamente* la obligación de fabricar o de producir bienes en beneficio de la otra parte, *y de transferir su propiedad*. El art. IV.H.-1:102(2) DCFR (*Future goods and goods to be manufactured or produced*) dispone que dicho contrato debe considerarse *prioritariamente* como un contrato de donación⁴⁵¹.

Hay que tener presente, sin embargo, que los comentaristas del DCFR explican que esa regla del art. IV.H.-1:102(2) DCFR *no se aplica si la obligación que asume la parte se limita a la prestación de servicios*, lo que se ilustra con el siguiente ejemplo: Si un pastelero se obliga a preparar y donar una tarta de novios, es evidente que el objeto principal del contrato es la donación de la tarta, siendo el proceso de su elaboración un simple presupuesto para ello. Pero, si todos los ingredientes para la tarta han sido entregados por el donatario, el objeto principal del contrato *es el servicio* ⁴⁵².

que en los comentarios que acompañan al art. IV.H.-1:103 DCFR, *no hay mención alguna a la posibilidad de que la regulación de la donación sea aplicable a contratos de servicios gratuitos*. Además, hay que considerar que los casos a los que se refiere el art. IV.H.-1:103 DCFR suponen que se trata de *la donación* de dichos *assets*, lo que implica, por definición, la *transferencia de la propiedad* de algo (art. IV.H.-1:101 DCFR) y la transferencia de propiedad de algo es una idea ajena a los contratos de servicio (sobre este punto, valga también lo que se dice *infra* nota 530).

⁴⁵¹ Art. IV.H.-1:102(2) DCFR (*Future goods and goods to be manufactured or produced*): “A contract under which one party undertakes gratuitously, and with an intention to benefit the other party, to manufacture or produce goods for the other party and to transfer their ownership to the other party is to be regarded as primarily a contract for the donation of the goods”.

⁴⁵² *Cfr. comment C* del art. IV.H.-1:102 DCFR, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 3, pp. 2807-2808].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[147] Sin perjuicio de que la regulación de los *service contracts* del DCFR sea aplicable a los contratos gratuitos, hay que tener presente que ella gira sobre la base del contrato remunerado. Es más, el art. IV.C.-2:101 DCFR (*Price*) establece una presunción de onerosidad siempre que el prestador del servicio sea un empresario⁴⁵³, y hay reglas particulares relativas a la forma y la oportunidad del pago del precio dentro de la regulación de los diferentes tipos específicos de *service contracts* ⁴⁵⁴. En la regulación general de los *service contracts* del DCFR sólo hay *una regla* que atiende al carácter gratuito del servicio ⁴⁵⁵.

Pues bien, como la regulación de los *service contracts* gira sobre la base del contrato remunerado, la aplicación de esta regulación a los

⁴⁵³ Art. IV.C.-2:101 DCFR: “Where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise”. En el DCFR “Business” significa “any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity [...]” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 66; *Definitions*]. El *comment B* del art. IV.C.-2:101 DCFR deja claro que se trata de una regla dispositiva: “[t]his is only a default rule. The parties can contract out of it. A business can agree to perform service gratuitously. However, the mere fact that no price is stated in the contract will not be sufficient for such contracting out” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1603].

El texto de este artículo es similar al del art. 1:102(1) PEL SC (*Price*): “Unless agreed otherwise, a service provider who has entered into the contract in the course of a profession or business is entitled to a price”.

⁴⁵⁴ Así, en el contrato de *construction*, art. IV.C.-3:107 DCFR (*Payment of the price*), y en el de *processing*, art. IV.C.-4:106 DCFR (*Payment of the price*).

⁴⁵⁵ El art. IV.C.-2:105(3)(d) DCFR (*Obligation of skill and care*) establece que, para determinar el cuidado y pericia que el cliente tiene derecho a esperar en la ejecución del contrato por parte del prestador del servicio, debe tenerse en consideración, entre otras cosas, “si se debe pagar un precio” (“whether a price is payable”). Sobre este artículo, vuelvo más adelante (*infra* [188]).

contratos de servicio gratuitos requiere “*appropriate adaptations*”⁴⁵⁶. Pero, ni en los comentarios del art. IV.C.-1:101 DCFR (*Scope*) ni en los comentarios del art. 1:101(6) PEL SC (*Scope of Application*) se explica o ilustra en qué pueden consistir esas apropiadas adaptaciones. A pesar de que nada se dice, es evidente que las normas específicas que se disponen en la regulación de los *service contracts* relativas al precio (forma de determinación, momento en que se debe pagar) no son aplicables a los contratos gratuitos. E igualmente es evidente que el carácter gratuito del servicio tiene incidencia en relación con otros aspectos, como por ejemplo la disponibilidad de los remedios sinalagmáticos (resolución por inejecución, o suspensión de la ejecución de la propia obligación), de manera que los reglas referidas a los remedios sinalagmáticos no serían aplicables a los contratos de servicio gratuitos⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ En el *comment A* del art. IV.C.-1:101 DCFR se indica, a este respecto, que la regulación “[se aplica sólo] «with appropriate adaptations» to gratuitous contracts for services” [VON BAR/CLIVE (edits.), *DCFR full*, v. 2, p. 1597].

⁴⁵⁷ Recordemos que, como se ha dicho, la mayoría de las reglas sobre remedios frente al incumplimiento que los PEL SC contienen no fueron recogidas en los *service contracts* del DCFR (*supra* nota 387). No obstante, algunas reglas relativas a los remedios contractuales sí se han conservado. Esto es lo que ocurre con una regla particular dentro de la regulación del contrato de *treatment* (tratamiento médico). El art. 7:110 PEL SC (*Remedies for Non-Performance*) se recoge, aunque levemente modificado, en el art. IV.C.-8:110 DCFR (*Remedies for non-performance*): “With regard to any non-performance of an obligation under a contract for treatment, Book III, Chapter 3 (*Remedies for Non-performance*) and IV.C.-2:111 (*Client’s right to terminate*) apply with the following adaptations: / (a) the treatment provider may not withhold performance or terminate the contractual relationship under that Chapter if this would seriously endanger the health of the patient; and / (b) in so far as the treatment provider has the right to withhold performance or to terminate the contractual relationship and is planning to exercise that right, the treatment provider must refer the patient to another treatment provider”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

En Derecho comparado, la regulación de los servicios del Código civil portugués es un ejemplo de una regulación que es aplicable *expresamente* tanto a los servicios gratuitos como a los onerosos. El art. 1154 CC portugués define el contrato de prestación de servicios como “*aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*” [destacado añadido].

[148] Desde la perspectiva del Derecho español, la *aplicación directa* de las normas del Código civil relativas a los contratos de servicios (en sentido amplio, esto es, las contenidas en los arts. 1583 a 1603 CC) a las relaciones contractuales gratuitas es imposible de justificar. Ello, debido a que la onerosidad es un elemento esencial del contrato de arrendamiento de obras y servicios (art. 1544 CC)⁴⁵⁸. No es

Como se puede apreciar, el art. IV.C.-8:110 DCFR parte de la hipótesis de que el prestador del servicio de tratamiento (es decir, el médico) tiene derecho a suspender la ejecución de su obligación o a resolver el contrato en caso de incumplimiento del cliente (remedios sinalagmáticos), estableciendo para ello unos *requisitos adicionales* (no puede suspender ni terminar el contrato si ello pone en riesgo la salud del cliente, y en todo caso, debe referirlo a otro médico). Nada se dice en los comentarios del DCFR (ni en los respectivos comentarios de los PEL SC) sobre la aplicabilidad de estos requisitos adicionales en caso de que el médico quiera terminar un contrato gratuito de prestación de servicios, *pero es razonable entender que el médico debe cumplir igualmente con ellos*. En esta línea, considérese lo que dispone el art. 11 del Código de deontología médica del Consejo General de Colegios oficiales de médicos de España, de 2011: “*El médico sólo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llegara al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. Lo comunicará al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación, y facilitará que otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento*”. El texto de este Código de deontología puede consultarse aquí:

[www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica_2011.pdf].

⁴⁵⁸ En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado: “[*en la*] estructura propia del contrato de arrendamiento de servicios [...] el elemento del precio, como esencial que es, debe existir desde un principio en el sentido de concurrir sobre él consentimiento de ambas partes, por más que su importe exacto no esté totalmente determinado” [STS

así, en cambio, en relación con las reglas del Código civil en materia de contrato de depósito (arts. 1758 y ss. CC), aplicables tanto a contratos remunerados como a gratuitos [si bien, dichos artículos giran sobre la base de un contrato gratuito (*cfr.* art. 1760 CC; y valgo lo dicho *supra* nota 162)].

i. En la PCM, los contratos de servicio (en sentido amplio), se configuran como contratos remunerados (lo que es lógico por su carácter mercantil) ⁴⁵⁹. Las definiciones de los contratos *de obra por empresa* [art. 521-1.1 (*Noción*)] y de *prestación de servicios mercantiles* [art. 531-1.1 (*Noción*)] ponen de relieve el carácter *esencialmente oneroso* de estos contratos (*supra* nota 440).

ii. El BAS, en cambio, sigue el modelo del DCFR. El art. 1.582.I BAS (*Retribución*) establece: “*Salvo acuerdo en contrario, quien presta un servicio tiene derecho a una retribución*”. El contrato de servicios es, en este borrador, un contrato *naturalmente oneroso*, de lo que se desprende que la regulación propuesta es aplicable a los contratos de servicio gratuito. En el BAS no se recoge una regla similar a la del art. IV.C.-1:101(1)(b) DCFR (*Scope*), y en ninguna

(Sala 1.^a) de 30 de noviembre de 2010 (Roj 6689/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. F. Marín Castán (FD 6.^º)].

⁴⁵⁹ El art. 415-3.1 PCM (*Precio de los contratos*) dispone: “*Cuando en un contrato no se hubiere fijado el precio ni establecido los medios de determinarlo, se entenderá que las partes, a falta de cualquier indicación en contrario, se han referido al precio generalmente establecido, al tiempo de la perfección del contrato, para tal prestación en circunstancias equiparables en el tráfico correspondiente*”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

parte se dice que que la aplicación de la regulación a los contratos de servicio gratuito requiera apropiadas adaptaciones⁴⁶⁰.

b) La aplicación a los contratos mixtos

[149] En los PEL SC se contiene una regla específica que establece que la regulación de los contratos de servicio se aplica a los contratos mixtos, cuando una de las partes se obliga a prestar un servicio y a hacer algo más ⁴⁶¹. La regulación de los *service contracts* del DCFR no recoge esta regla. Pero, puede entenderse que ello se debe, como ya se ha dicho en relación con otras reglas, a la necesaria sistematización que supone incorporar una regulación parcial (la de los PEL SC) a un texto más amplio (la del DCFR). En efecto, el Libro II del DCFR recoge una regla general aplicable a todos los contratos que pueden calificarse como contratos mixtos –*mixed contracts*–, lo cual hace innecesario una

⁴⁶⁰ Así lo señala expresamente ESCARTÍN IPIÉNS: “[en el BAS] la retribución es un elemento natural pero no esencial del contrato de servicios. Cabe su carácter gratuito pero por «pacto en contrario», no existe presunción de gratuidad. Pero un contrato gratuito sigue siendo un contrato de servicios y le seguirá siendo aplicable su normativa. No obstante hay modalidades del contrato de servicios en las que la onerosidad es elemento esencial” [(2012) p. 638; el autor, sin embargo, no explica cuáles son esas modalidades esencialmente onerosas].

En el BAS, por “retribución” no se entiende sólo dinero. ESCARTÍN IPIÉNS, sobre el punto, plantea: “¿Retribución en dinero (precio), en especie, en un hacer (*fatío ut fatias*) o no hacer? La respuesta del Anteproyecto es clara, puede ser la retribución en dinero (precio) o en especie (por ejemplo entrega de cosa futura), o incluso un *fatío ut fatias* (yo te diseño un sistema informático y tú me lo plasmas mecánicamente en un programa)” [(2012) p. 638].

⁴⁶¹ Esta regla específica está incluida en el primer capítulo de los PEL SC, en la descripción del ámbito de aplicación de la regulación. En virtud del art. 1:101(3) PELSC (*Scope of Application*): “When, under a contract, a party is bound to supply a service and to do something else, both this Chapter and, so far as relevant, Chapters 2 to 7 apply to the parts of the contract that involve services, with appropriate modifications”.

regla particular al respecto en la regulación de los *service contracts*. El art. II.-1:107(2) DCFR (*mixed contracts*) dispone:

“Where a contract is a mixed contract then, unless this is contrary to the nature and purpose of the contract, the rules applicable to each relevant category apply, with any appropriate adaptations, to the corresponding part of the contract and the rights and obligations arising from it”.

El mismo artículo II.-1:107 DCFR en su apartado (1) indica dos criterios alternativos para determinar cuándo ha de considerarse que el contrato es “mixto”:

“For the purposes of this Article a mixed contract is a contract which contains:

(a) parts falling within two or more of the categories of contracts regulated specifically in these rules; or

(b) a part falling within one such category and another part falling within the category of contracts governed only by the rules applicable to contracts generally”.

Ahora bien, a pesar de cumplir con alguno de estos *dos criterios o condiciones*, algunos contratos *deben considerarse como dentro de una sola categoría o tipo contractual*, ya sea porque así lo establece una regla expresa, ya sea porque una de las prestaciones es, de hecho, tan predominante que no sería razonable la calificación del contrato como

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

mixto [art. II.-1:107(3) DCFR]⁴⁶². En estos casos, las reglas de esa categoría o tipo contractual se aplican para regular las obligaciones y derechos que surgen del contrato en cuestión ⁴⁶³.

Un caso particular en el que se presenta este problema de calificación contractual, y que es de interés en el marco de este trabajo, es aquel contrato por el que una parte se compromete a *fabricar o producir bienes muebles y a transferir la propiedad a la otra parte*. De conformidad con el art. II.-1:107(1) DCFR este contrato podría ser calificado en principio, como contrato *mixto de servicio y venta* si es remunerado; o como *mixto de servicio y donación*, en caso que sea gratuito⁴⁶⁴. No obstante, hay reglas expresas en el DCFR que disponen que, en tal caso, el contrato debe calificarse *preferentemente de compraventa* –art. IV.A.-1:102 DCFR (*Goods to be manufactured or produced*), sobre el que vuelvo

⁴⁶² Art. II.-1:107(3) DCFR “*Paragraph (2) does not apply where: (a) a rule provides that a mixed contract is to be regarded as falling primarily within one category; or (b) in a case not covered by the preceding sub-paragraph, one part of a mixed contract is in fact so predominant that it would be unreasonable not to regard the contract as falling primarily within one category*”.

⁴⁶³ Otros elementos del contrato, distintos de los derechos y obligaciones, pueden ser regulados por las reglas de otros tipos contractuales en los que ellos puedan tener cabida, siempre que ello sea necesario para regular dichos elementos, y siempre que esa regulación no entre en conflicto con la regulación del contrato que se ha de aplicar preferentemente [art. II.-1:107(4) DCFR].

⁴⁶⁴ En efecto, puede sostenerse que el contrato es en parte un *service contract*, puesto que la fabricación o la producción de bienes es una actividad que queda comprendida en el ámbito de los *service contracts*, y más particularmente, en el ámbito del contrato de *construction* (Chapter 3, Part C. Services, Book IV del DCFR). Lo anterior, porque las reglas del contrato de *construction* no se aplican únicamente a los contratos de construcción de edificios o de infraestructuras, sino también a la confección de *bienes muebles*. No obstante, se requiere, para poder aplicar esas reglas, que ellas sean adaptadas apropiadamente. El art. IV.C.-3:101(2)(a) DCFR (*Scope*) dispone: “[This chapter] *applies with appropriate adaptations to contracts under which the constructor undertakes: (a) to construct a movable or incorporeal thing, following a design provided by the client*” (destacado añadido).

más adelante, *infra* [169]–; o, en su caso, calificarse *preferentemente de donación* –art. IV.H.–1:102(2) DCFR, al que ya me he referido, *supra* [148]–.

[150] Desde el punto de vista del *Derecho español*, me parece posible afirmar, como regla general, que la solución en relación con el régimen aplicable a los contratos mixtos que combinan prestaciones propias de contratos de servicio y de algún otro contrato, *es similar* a la solución que establece el art. II.–1:107 DCFR. Ello, porque el Tribunal Supremo ha dicho, en relación con el problema de la regulación de los contratos mixtos, que teóricamente puede ser justificado recurrir a la regulación de una *figura típica similar*, si el contrato mixto o complejo presenta un “*elemento predominante*” de otro contrato típico (lo que se conoce como “*teoría de la absorción*”)⁴⁶⁵, solución que es similar a la del art. II.–1:107(3) DCFR. Pero, el Tribunal Supremo entiende, como regla, que al contrato mixto o complejo debe aplicársele “*la normativa de los*

⁴⁶⁵ La STS (Sala 1.^a) de 19 de mayo de 1982, se refiere al problema de la normativa aplicable a los contratos mixtos, precisamente a propósito de un contrato que es calificado por el Tribunal Supremo como mixto de compraventa (venta de unos hornos de fusión) y arrendamiento de servicios (la instalación de aquéllos). Sobre ello, se dice: “*el problema del contrato mixto [...] es [...] el de su regulación, siendo conocidas al respecto las tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la absorción o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la combinación, que postula una especie de «alfabeto contractual», consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan, y finalmente, una ecléctica, partidaria de utilizar uno u otro criterio según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas, volviendo al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines, de acuerdo con la voluntad de las partes, sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia, de lo que decida, con su prudente arbitrio, la Autoridad judicial*” [(Roj 77/1982) Ponente: Excmo. Sr. D. B. De Heredia y Castaño (FD 4.º)].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

pactos que aún, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación [...] que, en el fondo, no es otra cosa que volver al viejo principio de la analogía" ⁴⁶⁶, solución que, como puede verse, es similar a la que establece como principio el art. II.-1:107(2) DCFR.

Ni la PCM ni el BAS contemplan reglas particulares sobre el régimen aplicable a los contratos mixtos.

2. LA DELIMITACIÓN NEGATIVA: LOS CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA REGULACIÓN DE LOS *SERVICE CONTRACTS*

[151] Para determinar el ámbito de aplicación de los *service contracts* del DCFR no basta con describir los contratos que quedan expresamente incluidos en la *Part C. Services* del Libro IV del DCFR (la delimitación positiva del ámbito de aplicación) sino que también se requiere considerar los contratos que quedan excluidos de dicha regulación (la delimitación negativa). Y aquí es necesario considerar dos grupos de reglas. *Por un lado*, hay que considerar dos artículos que están en la regulación de los *service contracts* del DCFR: el art. IV.C.-1:102 (*Exclusions*) y el art. IV.C.-1:103 (*Priority rules*). *Por otro lado*, hay que considerar las exclusiones generales que se indican en el Libro I del DCFR. Lógicamente, todas estas reglas tienen impacto en la conceptualización de la categoría de los *service contracts* del DCFR.

⁴⁶⁶ STS (Sala 1.^a) de 2 de diciembre de 2011 (Roj 8156/2011) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O'Callaghan Muñoz (FD 2.^o); en este caso, el Tribunal Supremo hace tal afirmación a propósito de la calificación de un contrato complejo o mixto de cesión de solar por obra y entrega de cantidad en concepto de precio.

a) Los contratos expresamente excluidos

[152] El art. IV.C.-1:102 DCFR (*Exclusions*) señala: “*This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service*”.

[153] La razón de la exclusión de esos contratos varía en cada caso. Así, tratándose de los contratos que tienen por objeto la constitución de garantías personales, la exclusión se justifica en que ellos tienen sus propias reglas⁴⁶⁷. Tratándose, en cambio, de los contratos relativos a servicios financieros y de transporte –contratos que no están regulados en el DCFR– la razón de su exclusión es “su naturaleza especial, o el hecho de que están sujetos, o deberían estar sujetos, a iniciativas del nivel europeo”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ “The contracts excluded by this Article are of great importance to practice, but there are powerful reasons for not including them. Contracts for the provisions of personal security are governed by their own provisions in Part. IV.G of these model rules” [*comments* del art. IV.C.-1:102 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1600]. La *Part G* del Libro IV se denomina *Personal security*. Se utiliza esta denominación “*Personal security*”, pese a que los mismos redactores admiten que ella “*as a general term is not familiar to all European countries. It is to be understood as a broad counterpart to the term “proprietary security”. Personal security comprises all those security rights in which a person (whether a natural person or a legal entity) is liable with all that person’s assets in order to secure an obligation of another person, the principal debtor*” [*comment A* del art. IV.G.-1:101 DCFR (*Definitions*); VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 3, p. 2486].

La constitución de garantías reales (*proprietary security*) también cuenta con una regulación en el DCFR, pero dicha regulación no se halla en el Libro IV; sino en el Libro IX del DCFR (*Proprietary security in movable assets*).

⁴⁶⁸ “Contracts for financial services and transport are of a specialised nature and are subject to, or likely to be subject to, initiatives at EU level” [*comments* del art. IV.C.-1:102 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1600].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[154] La expresión “*in so far as*” del art. IV.C.–1:102 DCFR indica una remisión a la regulación de los *contratos mixtos* ⁴⁶⁹. Esto quiere decir que, ante un contrato que incorpore elementos de alguno de los contratos especialmente designados en el art. IV.C.–1:102 DCFR (transporte, seguros, garantías personales o servicios financieros) e incorpore además elementos de un *service contract*, la regulación de la *Part C. Services* del Libro IV del DCFR podría ser *en principio aplicable*, al menos parcialmente. Digo *en principio aplicable*, porque hay que considerar la existencia de reglas particulares. Por ejemplo, la regulación del contrato de *storage* (depósito) *no se aplica*, por disposición expresa, al depósito que va naturalmente envuelto en el contrato de transporte de cosas [DCFR IV.C.–5:101: *Scope* (2)(b)] ⁴⁷⁰.

En los PEL SC, la relación entre la regulación de los contratos de servicio y la de estos contratos expresamente excluidos se expresa de forma más clara. En efecto, luego de considerar la posibilidad de aplicar la regulación en forma parcial a los contratos mixtos que envuelven servicios, el art. 1:101(4) PEL SC (*Scope of Application*) establece: “*Without prejudice to paragraph (3), this Chapter does not apply to contracts for transport, insurance, guarantee, or for the supply of a financial product or a financial service*” ⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ *Ibíd.*, p. 1600.

⁴⁷⁰ Art. IV.C.–5:101(2)(b) DCFR (*Scope*): “(2) *This Chapter does not apply to the storage of: (b) movable or incorporeal things during transportation*”.

⁴⁷¹ En los comentarios a este artículo de los PEL SC, se ilustra la posibilidad de una aplicación parcial de las reglas de *los service contracts* con el siguiente ejemplo: una persona acude a su banco solicitando información sobre instrumentos de inversión que sean a la vez seguros y rentables. Basándose en las recomendaciones del banco, el cliente decide invertir sus ahorros en un determinado producto financiero. En este

b) Contratos regulados separadamente en el DCFR, pero en los que parece admitirse una aplicación supletoria de la regulación de los *service contracts*

[155] El art. IV.C.-1:103 DCFR (*Priority rules*) dispone: “In the case of any conflict:/ (a) the rules in Part IV. D. (Mandate) and Part IV. E. (Commercial agency, franchise and distributorship) prevail over the rules in this Part./ [...]” (destacado añadido).

[156] En la medida en que los contratos de *mandato*, por un lado, y los contratos de *agencia comercial, franquicia y distribución*, por otro, cuentan con una regulación propia, contenida, respectivamente, en las Partes D y E del Libro IV del DCFR (regulación, por tanto, separada de la regulación de los *service contracts*), la existencia de la regla del art. IV.C.-1:103(a) DCFR es difícil de comprender. Me explico. Como se acaba de indicar, los contratos que tienen por objeto la constitución de garantías quedan *excluidos* de la regulación de los *service contracts precisamente* porque ellos cuentan con una regulación aparte dentro del mismo Libro IV del DCFR. Si el hecho de contar con una regulación propia justifica la exclusión de los contratos de constitución de garantías de la categoría *service contracts* ¿no debería acaso, por la misma razón, excluirse expresamente a los contratos de mandato y a los contratos de agencia, distribución y franquicia? Entonces, ¿qué quiere indicar esta regla de *prioridad* del art. IV.C.-1:103(a) DCFR? ¿Es posible

caso, el contrato es mixto, de servicios (*service contract*) y de servicios financieros. Las reglas del *service contract* de *information and advice* son aplicables en lo que respecta a la información suministrada por el banco [cfr. *comment A* del art. 1:101 PEL SC (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 141)].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

entender que lo dispuesto en el art. IV.C.-1:103(a) quiere decir que la regulación de los *service contracts* (Parte C) resulta aplicable a los contratos de mandato (Parte D) y a los agencia, franquicia y distribución (Parte E) *de forma supletoria*?⁴⁷². El punto no es fácil de dilucidar. Me centraré primero en el contrato de mandato. Luego me referiré a los contratos de agencia, franquicia y distribución.

[157] En relación con el mandato, lo primero que hay que decir es que en los comentarios del art. IV.C.-1:103 DCFR se indica que los “*mandate contracts [...] are contracts for the provision of a particular kind of service*”⁴⁷³.

Ello plantea una pregunta evidente. Si el mandato es considerado, por los propios redactores del DCFR, como una particular especie de servicio, entonces *¿por qué no se incluyó el mandato dentro de la Part C. Services, como uno más de los contratos de servicio especialmente regulados?* De hecho, tal inclusión sería perfectamente posible, considerando que la delimitación del ámbito de aplicación de los *service contracts* es extremadamente amplia y podría fácilmente comprender al mandato⁴⁷⁴.

Para esta pregunta, los propios redactores del DCFR ofrecen una respuesta. En el *comment A* del art. IV.D.-1:101 DCFR (*Scope*) –artículo que describe el ámbito de aplicación de la regulación del contrato de

⁴⁷² Así lo sugiere, aunque no entra en mayores explicaciones, VALPUESTA GASTAMINZA (2011) p. 255.

⁴⁷³ VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1601.

⁴⁷⁴ En este sentido, EIDENMÜLLER *et al.* (2008) p. 691.

mandato– se explica que, dentro del *Study group*, se produjo una discusión sobre el lugar en que debía integrarse la regulación de los *mandate contracts*. Algunos se inclinaban por la idea incorporar el mandato como un capítulo más dentro de la regulación de los *service contracts*. Otros, en cambio, consideraban que los contratos de mandato merecían un tratamiento separado, debido a sus particulares características, y también debido al hecho de que las reglas relativas a los contratos de mandato se enfocaban más en lo que se había autorizado e instruido al mandatario, que en lo que el mandatario (en cuanto prestador de un servicio) había asumido ejecutar. Esta última opinión fue la que prevaleció⁴⁷⁵.

No obstante, *no es esa la única explicación* de que en el DCFR se haya regulado por separado el contrato de mandato, respecto de los *service contracts*. LOOS señala que la presión impuesta por la Comisión Europea para concluir los trabajos en determinados plazos, determinó que no hubiera tiempo para armonizar las reglas de los *mandate contracts* con

⁴⁷⁵ “The location of the provisions which now appear in this Part was debated within the Study Group. One argument was that they belonged most appropriately as a Chapter in the Part on Service Contracts, because they were essentially concerned with contracts for the provision of representation or intermediation services. Another argument was that they were sufficiently distinctive to merit separate treatment. Mandates were very often unilateral acts. The focus of the provisions was more on what was authorised and instructed than on what the mandatary as a service provider undertook to provide. In relation to contracts for representation there was something special about situation where one person could affect another’s legal position. The second argument prevailed” [VON BAR/CLIVE (edits) *DCFR full*, v. 3, p. 2026].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

las de los *service contracts*, lo que a su juicio, hace que la distinción entre estos dos contratos no sea muy consistente⁴⁷⁶.

Sobre este punto, hay que tener presente que la elaboración de las reglas de los *mandate contracts* no estuvo a cargo del TWT. Ellas fueron desarrolladas por otro pequeño *working team*, conformado por M. LOOS (que también era miembro del TWT) y por O. BUENO DÍAZ (que también era miembro del *working team* encargado de desarrollar las reglas sobre agencia comercial, franquicia y distribución). Este *working team* comenzó a trabajar en el año 2005, cuando el TWT estaba por concluir su trabajo sobre los *service contracts*. La Comisión Europea requería que las reglas sobre mandato estuvieran listas para ser publicadas a fines del 2007. Las reglas sobre el contrato de mandato elaboradas por este *working team* fueron incorporadas al DCFR, pero no hubo tiempo para armonizar dichas reglas con las de los *service contracts*. Es más, la publicación del correspondiente volumen de la serie *Principles of European Law*, bajo el nombre *Mandate contracts* (en

⁴⁷⁶ Cfr. LOOS (2010) pp. 4-5. Por su parte, EIDENMÜLLER *et al.*, han criticado este tratamiento separado del mandato, en el sentido de ello plantea algunos problemas desde el punto de vista de la sistematización de las reglas del DCFR. Al tratar los *service contracts* y el mandato por separado, el DCFR provee soluciones distintas para aspectos jurídicos idénticos. “As a result, there is an unresolved conflict for service contracts, in which the service provider is also authorized to act on behalf of the client. Such contracts, including especially business management contracts, would appear to be of a mixed nature. That is particularly problematic in view of the fact that mandate is not classified as a service contract and the DCFR therefore provides divergent solutions for identical legal issues” [(2008) p. 691]. Los autores ilustran esto en la nota n. 121: “Divergent formulations can be found, for example, concerning the price provisions (Art IV. C.-2:101 and Art IV.D.-2:102), the obligations of co-operation (Art IV.C.-2:103 and Art IV.D.-2:101) and the obligations of skill and care (Art IV.C.-2:105 and Art IV.D.-3:103). Reasons for these differences are not apparent” (*ibid.*, p. 691).

adelante PEL MC), apareció recién en el año 2013⁴⁷⁷. Los PEL MC *reflejan exactamente y con la misma numeración* el texto de los artículos de la regulación de los *mandate contracts* del DCFR. La diferencia es que en los PEL MC las explicaciones y notas de Derecho comparado que acompañan a los artículos son más extensas que las del DCFR *full* ⁴⁷⁸.

Ahora bien, se considere justificado, o no, el tratamiento separado del contrato de mandato respecto de los *service contracts*, la pregunta central es ¿cómo puede haber conflicto entre las reglas del mandato (Libro IV Parte D) y las reglas de los *service contracts* (Libro IV Parte C)? O, dicho de otro modo, ¿en qué supuesto está pensando el art. IV.C.-1:103(a) DCFR?

La respuesta a esta pregunta no es sencilla, y en este punto, *no* es de utilidad recurrir a la opinión de los propios redactores de la regulación del contrato de mandato. En efecto, al explicar las reglas aplicables al mandato, los redactores del DCFR en ningún momento sugieren que sea posible aplicar al contrato de mandato las reglas generales de los

⁴⁷⁷ LOOS, M./BUENO DÍAZ, O., *Principles of European Law: Mandate contracts (PEL MC)* Sellier/Oxford University Press, München/Oxford, 2013 (en adelante, PEL MC).

⁴⁷⁸ Todo lo que se ha dicho en el cuerpo del texto sobre la elaboración de las reglas de los *mandate contracts*, se indica en la *General introduction* de los PEL MC. Ahí se dice además, que los miembros de este *working team* conocían bien las reglas generales de los PEL SC, y de hecho, se pensaba tomar dicha regulación como punto de partida para desarrollar el trabajo. Pero, apenas habían comenzando a trabajar en estas reglas, se produjo la discusión sobre si el contrato de mandato debía regularse dentro o fuera de los *service contracts*, y ello, sumado a la falta de tiempo, determinó finalmente la elaboración de un grupo autónomo de reglas para los contratos de mandato, las cuales difieren de la de los *service contracts*. Estas reglas son las que quedaron plasmadas en la Part D del Libro IV del DCFR, y llevaron a la publicación de los PEL MC (*cfr.* LOOS/BUENO DÍAZ, PEL MC, pp. 109-110).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

*service contracts*⁴⁷⁹. Por su parte, los redactores de los PEL MC, aunque sí sugieren que las reglas generales de los *service contracts* podrían ser aplicables al contrato de mandato, *únicamente admiten la aplicación de las reglas de los service en el caso de que no exista una regla particular en materia de mandato*⁴⁸⁰. Y lógicamente, si no hay regla, entonces *no puede haber conflicto*.

En mi opinión, el único supuesto en el que podría existir conflicto entre las reglas del mandato (Libro IV Parte D) y la de los *service contracts* (Libro IV Parte C) sería el caso de un contrato mixto de mandato y servicio. Pero, el art. IV.C.-1:103(a) DCFR no puede estar refiriéndose a este supuesto –si lo está, resulta innecesario– ya que hay una regla específica que dispone que tal contrato (mixto de mandato y servicios) debe calificarse *preferentemente* como mandato [art. IV.D.-1:101(5) DCFR (*Scope*)]⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ En el *comment A* del art. IV.D.-1:101 DCFR (sobre el ámbito de aplicación del mandato) los redactores del DCFR admiten que la naturaleza del contrato es la de ser un contrato de prestación de servicios y, por ello, se indica que las reglas que están contenidas en otras partes del DCFR *referidas a los servicios son aplicables al mandato*. Sin embargo, *nada se dice sobre la potencial aplicación de las reglas de la Parte C* del Libro IV del DCFR *al contrato mandato*. Como ejemplo de reglas referidas a contratos de servicio, que serían aplicables al mandato, se señalan las reglas relativas a los deberes de información precontractual que están contenidas en el Capítulo 3 del Libro II del DCFR [cfr. el *comment A* del art. IV.D.-1:101 DCFR, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 3, p. 2027].

⁴⁸⁰ “The consequence is that the general provisions on service contracts may apply to mandate contracts *only by way of analogy* for those cases where the specific rules of Book IV.D of the DCFR do not provide an answer” [LOOS/BUENO DÍAZ, *PEL MC*, p. 112; cursivas añadidas].

⁴⁸¹ Art. IV.D.-1:101(5) DCFR: “Contracts to which this Part applies and to which Part C (Services) also applies are to be regarded as falling primarily under this Part [D]”. En el *comment G* de este artículo se expresa: “[t]he effect is to bring into operation paragraph (4) of II.-1:107 (Mixed contracts) so that the rules applicable to mandate

En todo caso, y con independencia de lo dicho anteriormente, el tratamiento separado del mandato respecto de la regulación de los *services contracts*, tiene impacto en la caracterización de la categoría “servicios” en el modelo del DCFR. Esto, porque existe un elemento característico, en la regulación del mandato, que no está presente en la de los *service contracts*: la prestación del mandatario consiste en (o al menos se orienta a) la celebración de un acto jurídico⁴⁸². *En consecuencia, la actividad o tarea en la que consiste el “servicio” en el modelo de regulación de los service contracts del DCFR no es, en ningún caso, la realización de actos jurídicos.*

[158] En lo que respecta a los contratos de *agencia comercial, distribución y franquicia* (Parte E del Libro IV del DCFR) el potencial conflicto con las normas de los *service contracts* resulta menos evidente todavía. Los comentarios del art. IV.C.-1:103 DCFR nada dicen sobre el punto. Por otro lado, *en ninguna parte* de los comentarios del Capítulo 1 de la Parte E del Libro IV (*General provisions*) se dice que los contratos de agencia comercial, distribución y franquicia sean (o que puedan ser

contracts apply to the contract and the rights and obligations arising from it. However, the service rules will apply with any appropriate adaptations so far as is necessary to regulate the services elements and provided they do not conflict with the rules applicable to mandate contracts” [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 3, p. 2028].

⁴⁸² Art. IV. D.-1:101 DCFR (*Scope*): “(1) This Part of Book IV applies to contracts and other juridical acts under which a person, the agent, is authorised and instructed (mandated) by another person, the principal:/ (a) to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise directly affect the legal position of the principal in relation to a third party;/ (b) to conclude a contract with a third party, or do another juridical act in relation to a third party, on behalf of the principal but in such a way that the agent and not the principal is a party to the contract or other juridical act; or/ (c) to take steps which are meant to lead to, or facilitate, the conclusion of a contract between the principal and a third party or the doing of another juridical act which would affect the legal position of the principal in relation to a third party [...]”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

considerados como) contratos de servicio. El art. IV.E.-1:201(a) DCFR (*Priority rules*) establece una regla de prioridad en relación con el contrato de mandato [*“the rules in this Part prevail over the rules in Part D (Mandate)”*], pero ninguna referencia hay aquí a la regulación de los *service contracts* ⁴⁸³.

En este punto, conviene tener presente que, tal como ocurre con la regulación de los *service contracts* y con la de los *mandate contracts*, la regulación del DCFR de los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución recoge el trabajo desarrollado por un equipo del *Study group*, cuyos resultados fueron publicados el año 2006, bajo el nombre de *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)* ⁴⁸⁴. Pues bien, ni en la *Introduction* de los PEL CAFDC ⁴⁸⁵, ni

⁴⁸³ Cfr. *comments* del art. IV.E.-1:201, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 3, p. 2285.

En opinión de TORRUBIA CHALMETA, la regulación conjunta de las figuras de agencia comercial, franquicia y distribución no es acertada, puesto que “[s]i bien la finalidad económica seguida por los agentes, los franquiciados y los compradores-revendedores es la misma, resulta totalmente diferente la forma jurídica de instrumentalización del negocio: actuación por cuenta ajena; actuación por cuenta propia bajo el método ajeno; y actuación por cuenta propia y con el modelo negocial propio. Lo que puede haber de común (por ejemplo, de indemnización por terminación del contrato) no justifica una regulación común que resulta equívoca, al aparentar que los tres negocios participan de la misma naturaleza [...] [h]ubiera resultado más adecuado englobar la agencia en el ámbito de los *Mandate contracts* de la parte D del Libro IV del DCFR” [TORRUBIA CHALMETA, B., “Capítulo 10. Libro IV. E. Agencia comercial, Franquicia y Distribución”, en VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 25-26].

⁴⁸⁴ HESSELINK, M./RUTGERS, J./BUENO DÍAZ, O./SCOTTON, M./VELMAN, M., *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)* Sellier European Law Publishers, München, 2006.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 91 y ss.

en los comentarios del art. 1:101 PEL CAFDC (*Scope*)⁴⁸⁶, existe referencia alguna a la potencial aplicación de las reglas de los *service contracts*⁴⁸⁷.

[159] Por todo lo antes dicho, la cuestión sobre la justificación y la conveniencia de incluir el contrato de mandato, por un lado, y los contratos de agencia, distribución y franquicia, por otro, en una categoría más amplia (la de los contratos de servicio) son aspectos que, en mi opinión, tendrían que tenerse presente de cara a una posible reforma del Derecho español en esta materia, a fin de determinar si ello es o no adecuado⁴⁸⁸.

i. La PCM agrupa, en una categoría denominada “contratos de colaboración” (Libro IV, Título IV) los contratos de comisión (que corresponden al mandato mercantil; Capítulo I, art. 541-1 y ss.), de agencia (Capítulo II, art. 542-1 y ss.) y de distribución (Capítulo III,

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, p. 98 y ss.

⁴⁸⁷ Tampoco hay ninguna explicación relativa a la potencial aplicación de las reglas del mandato, y de hecho, en los PEL CAFDC no existe una regla similar al art. IV.E.-1:201(a) DCFR (que, como ya se ha indicado, dispone que en caso de conflicto entre las reglas de los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución, por un lado, y las del mandato, por otro, priman las primeras).

⁴⁸⁸ Sobre todo, considerando que en el Código civil español la distinción entre el contrato de mandato y el de servicios resulta más difícil de justificar que el DCFR: ni el carácter representativo del mandato, ni la naturaleza jurídica del acto que debe realizar el mandatario, parecen servir como elementos caracterizadores del mandato frente al arrendamiento de obras y servicios, atendidas las definiciones legales (valga lo dicho *supra* [55]).

Conviene recordar que el Código civil portugués, por ejemplo, incluye al mandato dentro de la categoría de “prestación de servicios” (véase *supra* nota 187)).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

art. 543-1 y ss.). La franquicia se considera una subespecie del contrato de distribución [art. 543-2 (f)] ⁴⁸⁹.

Como ya se ha dicho, la categoría de los “contratos de colaboración” se regula de forma separada de la categoría de los “contratos de servicios mercantiles” (*supra* [141] i); y no hay reglas que establezcan la posible aplicación subsidiaria de las reglas generales de los servicios a esos contratos de colaboración ⁴⁹⁰.

ii. Hasta ahora el BAS, ya se ha indicado, es sólo una regulación de la parte general de los contratos de servicios, pero, a diferencia del

⁴⁸⁹ Artículo 543-2 PCM (*Principales contratos de distribución comercial*): “Por regla general, los contratos de distribución adoptarán alguna de las siguientes modalidades: / [...] f) El contrato de franquicia, por el cual el titular de la franquicia, denominado franquiciador, cede al distribuidor, denominado franquiciado, el derecho a explotar en beneficio de éste un sistema de comercialización de bienes o servicios bajo los signos distintivos y la asistencia técnica permanente del franquiciador, a cambio de una compensación económica y del compromiso de ajustarse en todo momento a las reglas de actuación establecidas”.

⁴⁹⁰ Conviene tener presente que en el Derecho español vigente, el *contrato de agencia* es un contrato típico. Está regulado por la *Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia* (BOE n. 129 de 29/05/1992). Los contratos de distribución y de franquicia, en cambio, carecen de regulación (si bien la *disposición adicional primera* de la mentada Ley 12/1992 extiende el régimen jurídico del contrato de agencia a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales “[h]asta la aprobación de una Ley reguladora de los contratos de distribución”). Por su parte, cabe apuntar, la franquicia tiene un mero reconocimiento en la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista* (BOE n. 15 de 17.01.1996), pues no se regulan los aspectos contractuales, sino algunos aspectos administrativos de la actividad en régimen de franquicia. El art. 62.1 Ley 7/1996 define la actividad comercial en régimen de franquicia como “la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”. Por último, conviene apuntar que el año 2011 se presentó el *Proyecto de Ley 121/000138 de Contratos de Distribución* [publicado en el Boletín oficial de las Cortes Generales de 29/06/2011 (A 138-1)], *Proyecto* que también incorpora, como la PCM, la regulación del *contrato de franquicia* como una modalidad o especie de la distribución.

modelo del DCFR, según ESCARTÍN se pretenden considerar, dentro de la categoría contratos de servicios, tanto al mandato como a los contratos de agencia comercial, franquicia o distribución⁴⁹¹.

c) Las exclusiones generales del Libro I del DCFR: el contrato de trabajo

[160] Las anteriores exclusiones del ámbito de aplicación de los *Services Contracts* lo son sin perjuicio de las exclusiones generales del Libro I del DCFR (*General Provisions*)⁴⁹². Entre estas exclusiones generales interesa destacar la exclusión de los contratos de trabajo (relación contractual de carácter laboral). El art. I.-1:101(2) DCFR (*Intended field of application*) dispone: “[...] *[These rules] are not intended to be used, or used without modification or supplementation, in relation to rights and obligations of a public law nature or, except where otherwise provided, in relation to: / [...] (e) employment relationships*”.

⁴⁹¹ “Si bien el Anteproyecto no contiene exclusiones explícitas sino que contiene una definición genérica del contrato de servicios que podría ser omnicomprendensiva de la mayoría de los contratos que tienen por objeto una prestación de hacer. En capítulos sucesivos se incluirán los contratos de obra inmobiliaria, los de muebles y su mantenimiento, los de proyección y diseño y los de asistencia, información y consultoría. Y para un momento posterior, el depósito, los servicios médicos, *el mandato, la agencia comercial, la franquicia y la distribución*, los de seguridad personal” [ESCARTÍN IPIÉNS (2012) p. 636; cursivas añadidas]. En este punto, conviene destacar que ESCARTÍN IPIÉNS indica que la Sección civil de la Comisión General de Codificación ya ha elaborado un anteproyecto de reforma de la regulación del contrato de mandato, concluido en enero de 2012 (*ibíd.*, 628). Pero hasta el momento, el contenido de esta propuesta no ha sido dada a conocer.

⁴⁹² *Cfr. comments* del art. IV.C.-1:102 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1600].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[161] En los comentarios del art. I.-1:101 DCFR no hay ninguna referencia a los motivos de la exclusión de los contratos de trabajo del ámbito del DCFR ⁴⁹³. No obstante, en los comentarios del art. IV.C.-1:102 DCFR se justifica la exclusión de los contratos de trabajo de la regulación de los *services contracts*, debido a que los contratos de trabajo “plantean importantes aspectos políticos en relación con la protección de los trabajadores”, y porque “pueden ellos presentar ciertas particularidades, lo que podría hacer difícil su inclusión dentro de las reglas generales de los contratos de servicios” ⁴⁹⁴.

Para WHITTAKER, dicha justificación de la exclusión de los contratos de trabajo no es del todo satisfactoria. Ello, porque si bien es cierto que la definición de “contrato de trabajo” es una cuestión política –que las Directivas europeas dejan al Derecho interno–, los redactores del DCFR no tuvieron reparos en regular otras áreas en las que se plantean los mismos aspectos “políticos” ⁴⁹⁵. Por otro lado, sostiene el mismo autor, dicha falta de explicación sobre la relación que existe entre los “contratos de servicios” y el “contrato de trabajo” no deja claro si se tratan de categorías mutuamente excluyentes; omisión que considera

⁴⁹³ Cfr. VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, pp. 85-86.

⁴⁹⁴ Cfr. VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1600.

⁴⁹⁵ WHITTAKER (2010) p. 138. El autor señala algunos ejemplos de lo que afirma: “For example, the recognition of a general pre-contractual duty of information in business (Art. II. -3:101 DCFR); the acceptance of a general control of unfair standar contract terms in commercial (B2B) contracts (Art. II.-9:405 DCFR); and the rejection of the general principle of non-discrimination on the ground of age in Art. II.-2:101 DCFR.” (*ibíd.*, en nota 111).

desafortunada, sobre todo si se tiene en cuenta la preeminencia que a los contratos de trabajo se ha dado en el *acquis* ⁴⁹⁶.

En los PEL SC, la exclusión de los contratos de trabajo es mucho más clara. La exclusión del contrato de trabajo viene incluida expresamente en las reglas que determinan el ámbito de aplicación de la regulación, en el art. 1:101(5) PEL SC (*Scope of Application*) en estos términos: “*This Chapter does not apply to employment contracts*”. En los comentarios de este artículo, se indica que *las reglas nunca pueden aplicarse a los contratos de trabajo*. Y se dice, además, que dicha exclusión se debe observar también en el caso en que un contrato de trabajo imponga obligaciones mixtas a un empleado, aún si una de ellas consiste en una obligación de suministrar un servicio que esté cubierto por la regulación de los *service contracts* ⁴⁹⁷.

[162] De cara a una posible reforma de la regulación de los contratos de servicios en el Código civil español, no sólo sería conveniente la derogación expresa de las normas contenidas en la Sección I del Capítulo III del Título VI del Libro IV (art. 1583 y ss.; sin perjuicio de conservar aquellas reglas que se consideren útiles, que podrían llevarse a una regulación general de los contratos de servicio),

⁴⁹⁶ WHITTAKER (2010) p. 138.

Sobre las fronteras entre el contrato de servicio y el contrato de trabajo en el Derecho español, *supra* nota 216. Para una visión de este problema de delimitación entre el contrato de trabajo y los contratos de servicio en Derecho comparado, considerando los principales ordenamientos europeos, véase RAZZOLINI, O., “The need to go beyond the contract: «Economic» and «bureaucratic» dependence in personal work relations”, *CLL&PJ*, v. 31, 2009-2010, pp. 267-304.

⁴⁹⁷ *Comment A* del art. 1:101 PEL SC (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 141).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

sino que sería conveniente, además, incluir una expresa mención de exclusión de los contratos de trabajo, delimitando de esta forma, con claridad, el ámbito de aplicación de la categoría de los contratos de servicios, como se hace, por ejemplo, en el Código civil Holandés ⁴⁹⁸.

i. La PCM no contiene ninguna regla general que excluya los contratos laborales de la regulación de los contratos de servicio mercantiles (o la de los otros contratos de servicio en sentido amplio) ⁴⁹⁹.

ii. El BAS, en cambio, dispone expresamente la exclusión de la regulación a los contratos de trabajo (régimen laboral). El propuesto art. 1581 (*Ámbito del contrato y carácter de las normas*) dispone: “*Los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación*” ⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Véase *supra* nota 448.

⁴⁹⁹ Hay, sin embargo, algunas reglas particulares, pero estas se encuentran en la regulación de los contratos de colaboración, que, como se ha dicho, son una categoría distinta de la de los “contratos de servicios mercantiles”. El art. 542-2 PCM (*Independencia del agente*) dispone: “1. No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan [...]”. Por su parte, para el contrato de distribución, el art. 543-3 PCM (*Exclusiones*) dispone: “[l]as normas de este Capítulo no se aplicarán a: [...] (e) Cualquier modalidad de distribución que comporte vinculación de naturaleza laboral entre el proveedor y la persona que se encarga de distribuir los productos o servicios”.

⁵⁰⁰ El texto es, en este punto, idéntico al propuesto por el PCSO de 1993 (al que ya se ha hecho referencia, *supra* [89]). El PCSO proponía reemplazar el artículo 1583 CC por el siguiente texto: “*Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar una determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado./ Los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación*”.

IV. LA OBLIGACIÓN CARACTERÍSTICA DE LOS *SERVICE CONTRACTS*
ES UNA OBLIGACIÓN DE HACER. SUPUESTOS DE CONTRATOS MIXTOS
DE SERVICIO Y VENTA. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO
DE CONFECCIÓN DE UN BIEN

[163] Como antes se ha dicho, la definición de contrato de servicios que el DCFR ofrece es tautológica, puesto que define al contrato de servicio como aquél en el que una parte se obliga a prestar un servicio a la otra. Una aproximación conceptual *más descriptiva* puede hallarse en el *comment A* del art. IV.C.-1:101 DCFR (*Scope*), en cuanto en él se expresa:

“An obligation to supply a service is imposed if a party (the service provider) is bound to perform work undertaken according to the specific needs and instructions of another party (the client)”⁵⁰¹.

Considerando esta aproximación conceptual, parece bastante claro que los contratos de servicio, en el modelo del DCFR, tienen por objeto una obligación *de hacer*: el prestador del servicio asume la ejecución de una tarea o la realización de un trabajo –“*perform work*”–, trabajo que debe realizar de acuerdo con las necesidades e instrucciones del cliente.

⁵⁰¹ VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1597. WHITTAKER cree que hubiera sido útil recoger en el texto del DCFR esa definición que aparece en dicho comentario, porque algunos de sus elementos podrían ser vinculados con las reglas que se contienen en el Capítulo 2 (la parte general de la regulación de los *service contracts*). En este sentido, plantea el autor, que la referencia a “las necesidades específicas e instrucciones del cliente” (del *comment A* IV.C.-1:101 DCFR) se relaciona con los deberes mutuos de información sobre los aspectos relevantes del servicio, que el mentado Capítulo 2 impone a las partes, de cara a obtener el resultado previsto por ellas [*cfr.* (2010) p. 135].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[164] Ahora bien, en el mismo *comment* A del art. IV.C.-1:101 DCFR se hacen, inmediatamente, algunas *precisiones* en relación con el contenido de la obligación del prestador del servicio, precisiones sobre las que vale la pena detenerse. Se dice:

“The work will require in any event the supply of labour and may also involve the input of materials and components. The outcome of a service can be, but need not be, a tangible immovable structure, a corporeal movable or an incorporeal thing”⁵⁰².

Las dos circunstancias descritas en este comentario –por un lado, la obligación de *aportar los materiales* necesarios para la realización del servicio; por otro, la obligación de *entregar el bien* resultado del servicio– pueden dar lugar a plantearse alguna duda a la hora de caracterizar al contrato de servicio sobre la base de una *obligación de hacer*. Ello, porque esas dos circunstancias introducen, en el contrato de servicio, ciertos elementos que permitirían entender que el prestador del servicio asume, al menos en parte, una obligación de *dar*. Las concretas preguntas que se plantean son las siguientes: ¿no puede entenderse que el prestador del servicio *vende* al cliente *los materiales* que utiliza en la ejecución del servicio? ¿No es posible entender que el prestador del servicio *vende* al cliente *el bien que ha obtenido con su*

⁵⁰² VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1597. Mientras que en el comentario del DCFR estas dos circunstancias parecen *ser circunstancias independientes* (están separadas por un punto seguido), el correspondiente comentario de los PEL SC pone dichas afirmaciones en relación: “The work undertaken in any event requires the supply of labour and may also involve the input of materials and components. Hence [«Por tanto»], a service process may result in the production of an immovable structure or of a movable or incorporeal thing” [comment A del Chapter 1 (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 131)].

actividad? Para poder comprender la incidencia de esas dos circunstancias en la caracterización del modelo de los *service contracts* del DCFR, me parece útil distinguir según si la actividad del deudor (prestador del servicio) se dirige o no a la producción de un *bien*.

1. PRIMER SUPUESTO: LA ACTIVIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO NO SE DIRIGE A LA PRODUCCIÓN DE UN BIEN, PERO HAY SUMINISTRO DE BIENES O DE MATERIALES POR PARTE DEL PRESTADOR DEL SERVICIO

[165] En la regulación de los *service contracts* del DCFR no hay una norma que establezca expresamente que la prestación del servicio pueda implicar el aporte de los materiales necesarios. Sin embargo, el art IV.C.-2:104(3) DCFR (*Subcontractors, tools and materials*) tiene como presupuesto de aplicación el que el proveedor del servicio utilice herramientas y materiales –“*tools and materials*”– en la ejecución del servicio: en tal caso, el prestador del servicio responde de que dichas herramientas y materiales sean conformes con el contrato y con las normas legales aplicables, y que sirvan al propósito para el que son empleadas ⁵⁰³.

⁵⁰³ Art. IV.C.-2:104(3) DCFR: “*The service provider must ensure that any tools and materials used for the performance of the service are in conformity with the contract and the applicable statutory rules, and fit to achieve the particular purpose for which they are to be used*”. En el *comment A* de este artículo se explica: “[t]here is a strict obligation to select tools, materials, and other components of such quality as is needed to ensure that the result the client wishes to obtain through the service will actually be achieved” [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1637]. Lógicamente, las herramientas y materiales pueden ser suministradas por el propio cliente. En el mismo *comment A* se indica: “[t]he client may [...] wish that the service be carried out with the help of tools, materials, and other components to be supplied by the client”

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

De dicho art. IV.C.-2:104(3) DCFR podría desprenderse que el hecho de que el prestador del servicio utilice sus propias herramientas o tenga que suministrar los materiales necesarios para la realización de la actividad, es algo que no incide en la calificación del contrato, que sería en todo caso, un *service contract*. Pero esto *no es así*. El suministro o el aporte del (de los) material(es) por parte del prestador del servicio hace que el contrato se califique de *mixto*, de conformidad con lo dispuesto en el art. II.-1:107 DCFR (*mixed contracts*) –véase *supra* [149]– y que, en consecuencia, las reglas del contrato de compraventa sean parcialmente aplicables ⁵⁰⁴. Así, por ejemplo, si A (dueño de una casa) contrata a B (pintor) para que pinte todas las puertas de la casa, la actividad de B (el servicio que presta) claramente no se dirige a producir un bien, sino que consiste únicamente en una actividad (la de pintar las puertas). El hecho de que sea B quien deba suministrar las

[VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1637]. Si las herramientas y los materiales han sido suministrados por el cliente, el riesgo por su falta de adecuación para el propósito que se pretende alcanzar con el contrato de servicio es de cargo del cliente, lo que presupone, sin embargo, que el proveedor del servicio haya cumplido con su deber de advertir de ese riesgo al cliente [art. IV.C.-2:104(4) DCFR].

El BAS recoge la regla del art. IV.C.-2:104(3) DCFR en el propuesto art. 1586.4 CC: “*El prestador del servicio responderá de que los instrumentos y materiales necesarios para la realización del servicio sean conformes con el contrato y con las disposiciones normativas aplicables*”.

⁵⁰⁴ En el *comment A* del art. IV.C.-2:104 DCFR se indica: “[t]o the extent that ownership is to be transferred for a price or in exchange for something else the contract would be one of sale or barter and the obligations of the parties would be regulated by Book IV.A. The provisions of that Book would regulate such matters as conformity of the things with the contract and freedom from third party rights and claims./ [...] interpretation of the contract will lead to the conclusion that the parties have impliedly agreed on a transfer of the ownership of the structure or thing produced as a result of the service. *The same goes for the supply of materials, components, and all other things –corporeal or incorporeal– inherent to the service. There is a mixed contract*” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 1638; cursivas añadidas].

brochas y pinceles (las herramientas) no modifica la calificación del contrato como contrato de servicio, ni su caracterización sobre la base de una obligación de hacer. Sin embargo, el hecho de que B deba suministrar la pintura (el material) hace que el contrato se considere *mixto* (en parte servicio, en parte *venta de la pintura*), y que las reglas del contrato de compraventa sean parcialmente aplicables⁵⁰⁵.

Este supuesto –el de un servicio *no dirigido a la confección de un bien* pero que incluye el suministro de materiales por parte del prestador del servicio– es un contrato que, en principio, queda excluido del ámbito de aplicación de la CISG y del CESL:

i. Aunque la CISG se aplica a los *contratos mixtos* de venta y servicio, ello es *sólo si la parte del contrato relativa a suministrar mano de obra o prestar otros servicios no es la parte principal o preponderante del contrato*. Esto es lo que se obtiene *a contrario sensu* del art. 3(2) CISG⁵⁰⁶. Para saber cuál es la “parte principal” o “parte preponderante” del contrato, se ha entendido que debe recurrirse al criterio del valor económico (esto es, se considera una parte como “principal” si excede *significativamente el 50%* del valor total de la prestación), criterio que debe completarse con la consideración de la intención de las partes⁵⁰⁷. Así, el contrato

⁵⁰⁵ Este ejemplo del pintor está inspirado en la *illustration 3* del *comment A* del art. IV.C.-2:104 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 1637].

⁵⁰⁶ Art. 3(2) CISG: “*La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios*” (destacado añadido). En inglés, la expresión utilizada en este artículo es “*preponderant part*”; en francés, “*part prépondérante*”.

⁵⁰⁷ En este sentido, MISTELIS, L./RAYMOND, A., quienes además señalan que hay que tener presente que para la aplicación del artículo 3(2) CISG un contrato no se

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

que tiene por *objeto principal* una actividad, queda excluido del ámbito de aplicación de la CISG, aun cuando el deudor (prestador del servicio) deba suministrar los materiales o componentes necesarios para realizar la actividad.

ii. En lo que respecta al CESL, el art. 6.1 PR CESL (*Exclusión de los contratos mixtos y de los contratos vinculados a un crédito al consumo*) dispone: “No se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados [...]”⁵⁰⁸.

Por tanto, el CESL no es aplicable al suministro o entrega de bienes que pueda darse en el contexto de un contrato que quede fuera de su ámbito de aplicación (por ejemplo, el suministro de bienes en el contexto de un contrato de servicio *no relacionado*). Así, un

considera mixto por el sólo hecho de que existan obligaciones secundarias de empaquetado o de entrega (se trata de obligaciones que quedan comprendidas en la obligación del vendedor de entregar mercadería conforme) [*cfr.* “Article 3”, en KROLL, S./MISTELIS, L./PERALES VISCASILLAS, P. (edits.) *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford (UK) y Portland (USA), 2011, p. 57]. También, en este sentido, FERRARI, F., “The CISG’s sphere of application: Articles 1-3 and 10”, en FERRARI, F./FLECHTNER, H./BRAND, R. (edits.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Sellier European Law Publishers, 2004, pp. 70-74.

⁵⁰⁸ Por su parte, el art. 5 de la PR CESL (*Contratos para los que se puede recurrir a la normativa común de compraventa europea*) dispone: “Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular: / a) los contratos de compraventa; / b) los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no; / c) los contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no”.

contrato que tiene por objeto principal, por ejemplo, pintar una casa, queda fuera del ámbito de aplicación del CESL, y esta normativa ni siquiera es aplicable parcialmente al suministro de las pinturas. No obstante, cuando los bienes (en el ejemplo dado, la pintura) son suministrados *bajo un contrato separado de venta*, las partes pueden escoger el CESL para este contrato separado de venta⁵⁰⁹.

[166] *Por otro lado*, hay que tener presente que existen supuestos en los que el servicio que una parte se obliga a prestar *en relación con una cosa*, se mira como obligación *secundaria* o *accesoria* respecto de la *obligación principal que consiste en la entrega de dicha cosa*. Es este un supuesto diferente del anterior, pues aquí el contrato no se califica de mixto, sino que simplemente se considera *venta*. Esto es lo que ocurre en el caso de la *obligación de instalar* la cosa mueble vendida en el contexto de un *contrato de consumo* [art. IV.A.-2:304 DCFR (*Incorrect installation under a consumer contract for sale*)]⁵¹⁰. En este supuesto, aun cuando puede decirse que el contrato contiene un elemento de servicio (la instalación), se considera que *únicamente hay una*

⁵⁰⁹ Cfr. WENDEHORST, "Art. 5 PR CESL", en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, p. 42.

⁵¹⁰ Art. IV.A.-2:304 DCFR: "Where goods supplied under a consumer contract for sale are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if: (a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or/ (b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due to a shortcoming in the installation instructions".

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

compraventa, porque ese elemento de servicio *queda absorbido en la obligación de entregar el bien vendido conforme*⁵¹¹.

Conviene destacar que, en relación con la consideración de la instalación como parte integrante de la obligación de entregar un bien conforme, *la aproximación de los PEL SC* (que lógicamente abordan esta cuestión desde la perspectiva de los contratos de servicio, y no desde la de la compraventa) es algo *distinta*, más favorable a calificar estos supuestos como *contratos mixtos*, y por tanto, más favorable a la aplicación (parcial) de las reglas de los *service contracts*.

En efecto, en este punto, en los comentarios del art. 1:101 PEL SC (*Scope of application*) se ofrecen algunos ejemplos de contratos mixtos, a los que las reglas de los PEL SC son parcialmente aplicables. El *primer ejemplo* es el servicio de mantenimiento post-venta que se acuerda al vender un ordenador portátil. *El segundo ejemplo es el de la instalación de un ascensor*, ascensor que debe suministrar la misma parte que se obliga a instalarlo. En ambos casos, los redactores de los PEL SC entienden que el contrato debe calificarse de *mixto*, y en consecuencia, que las reglas de la compraventa son aplicables en lo relativo a la adquisición de la cosa (en los ejemplos dados, del ordenador portátil y del ascensor), mientras que las reglas de los contratos de servicios son

⁵¹¹ En efecto, en este caso “[i]nstead of splitting the transaction into sales part and a service part, under the present rule a lack of conformity resulting of incorrect installation is qualified as a lack of conformity of the goods. If the goods do not conform to the contract after the installation, it does not matter whether they were initially unfit or whether something went wrong during the installation” [*comment B* del art. IV.A.-2:304 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1298].

aplicables a la parte del contrato relativa al mantenimiento (del portátil) o a la instalación (del ascensor)⁵¹².

La regla del art. IV.A.-2:304 DCFR –que considera la instalación del bien como parte integrante de la obligación de entregar un bien conforme– recoge la regla contenida en la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* ⁵¹³, en su art. 2.5 (*Conformidad con el contrato*) ⁵¹⁴.

i. La instalación del bien vendido es uno de los ejemplos de *servicio relacionado* del CESL, junto con “el mantenimiento” y “la reparación” [art. 2(m) PR CESL]. El art. 101 CESL recoge la regla según la cual, la correcta instalación del bien vendido, se

⁵¹² El ejemplo del servicio post-venta del portátil, en el *comment* A del art. 1:101 PEL SC [BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 141]; y el ejemplo de la instalación del ascensor, en el *comment* F del mismo artículo (*ibíd.*, pp. 143-144). Y es más: pese a la calificación inicial de estos contratos como *contratos mixtos*, se admite que, excepcionalmente, estos supuestos podrían ser *calificados únicamente como contratos de servicios*, en la medida que el objeto que se suministra *deba ser producido* por el prestador del servicio, siguiendo unas específicas instrucciones del cliente. No obstante, estos casos caerían dentro del segundo supuesto que voy a analizar (el supuesto del servicio que *va dirigido a la confección de un bien*). Por otro lado, aunque tales casos pueden ser considerados como contratos mixtos (y en consecuencia, las reglas de la compraventa pueden serles aplicables), se indica que calificar todo el contrato como *de servicio* no implicaría ninguna diferencia sustancial, dado que los deberes que se imponen al prestador del servicio en relación con la calidad de los materiales que suministra, no difieren de los deberes del vendedor (*ibíd.*, p. 144).

⁵¹³ DOUE L 171 (7/7/1999).

⁵¹⁴ Art. 2.5 de la Directiva 1999/44/CE: “La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

considera parte de la obligación de entregar un bien conforme ⁵¹⁵. Curiosamente, la regla se reitera en el art. 148.4 CESL, a propósito de las obligaciones del prestador de un *servicio relacionado* ⁵¹⁶ (entonces, ¿la instalación es parte de la obligación de entrega conforme del contrato de compraventa, o se considera un servicio relacionado?).

ii. En la CISG, en cambio, no hay referencia expresa a la instalación como parte del deber de entregar una mercadería conforme. En consecuencia, un contrato de compraventa, que contemple también la obligación de instalación de los bienes vendidos, es un contrato mixto, y la CISG será o no aplicable según lo que resulte de la aplicación del art. 3(2) CISG ⁵¹⁷.

La trasposición de la Directiva 1999/44/CE determina que la regla para las ventas de consumo sea exactamente la misma en el Derecho español: la correcta instalación se considera parte de la obligación de

⁵¹⁵ Art. 101 CESL (*Instalación incorrecta en una compraventa de bienes de consumo*): “1. Cuando en un contrato de compraventa de bienes de consumo los bienes o los contenidos digitales hayan sido instalados incorrectamente, cualquier falta de conformidad derivada de dicha instalación incorrecta será considerada como falta de conformidad de los bienes o los contenidos digitales si: (a) los bienes o los contenidos digitales fueron instalados por el vendedor o bajo su responsabilidad; o/ (b) estaba previsto que los bienes o los contenidos digitales fueran instalados por el consumidor y su incorrecta instalación se debió a una deficiencia en las instrucciones de instalación./ 2. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”.

⁵¹⁶ Art. 148.4 CESL (*Obligación de lograr un resultado y obligación de competencia y diligencia*): “Si, en un contrato entre un comerciante y un consumidor, el servicio relacionado incluye la instalación de los bienes, esta deberá realizarse de tal modo que los bienes instalados sean conformes con el contrato, tal como exige el artículo 101”.

⁵¹⁷ Sobre el punto, véase, *supra* nota 506; y también FENOY PICÓN, N. “La compraventa del texto refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *ADC*, n. 66, 2013 (2) p. 738 y nota 49.

entregar conforme el bien vendido [art. 116.2 TRLGDCU (*Conformidad de los productos con el contrato*)]⁵¹⁸.

En las actuales propuestas de modernización del Derecho español, esta regla se generaliza, en el sentido de que no se limita sólo a las ventas de consumo:

i. La regla de que la instalación de los bienes vendidos forma parte de la obligación de entregar un bien conforme, se recoge, con carácter general, en el art. 511-7(f) PCM (*Entrega conforme al contrato*)⁵¹⁹.

ii. La misma regla también se recoge en la *Propuesta de anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa*, elaborada por la Sección civil

⁵¹⁸ Art. 116.2 TRLGDCU: “La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación”. Sobre el punto, véase FENOY PICÓN (2013) pp. 736-737.

⁵¹⁹ Art. 511-7 PCM: “Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, o que, por las circunstancias del caso, alguno de ellos no resulte aplicable, el bien entregado será conforme al contrato siempre que se cumplan los requisitos que se expresan a continuación: / [...] f) que esté correctamente instalado. La correcta instalación del bien se equipara a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad; o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo”.

También se recoge esta regla en la regulación del contrato de obra por empresa, en el art. 522-1.3.II PCM (*Conformidad de la obra*): “La incorrecta instalación de la obra se equipará a la falta de conformidad si el contratista se hubiera obligado a instalarla”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

de la Comisión General de Codificación del año 2005 (en adelante PCV) ⁵²⁰, en el art. 1479 ⁵²¹.

2. SEGUNDO SUPUESTO: LA ACTIVIDAD DEL PRESTADOR DEL SERVICIO CONSISTE EN LA PRODUCCIÓN DE UN BIEN QUE DEBE ENTREGARSE AL CLIENTE

[167] El contrato puede tener por objeto la fabricación de un bien por parte del deudor, bien que, una vez fabricado, debe entregarse al acreedor. El problema de calificar este contrato como *contrato de servicio* se plantea porque la obligación que el deudor (el prestador del servicio) asume *tiene una naturaleza compleja*: en parte es *un hacer* –obligación que caracteriza a todo contrato de servicio (la realización de un trabajo)– y en parte es *un dar* en un sentido amplio: *la entrega* al acreedor (al cliente) del bien que se ha fabricado o producido. La pregunta es evidente: ¿qué obligación prima, la de hacer o la de dar?

⁵²⁰ Boletín del Ministerio de Justicia, n. 1988 (mayo de 2005) pp. 108-124.

⁵²¹ El art. 1749 de esta *Propuesta* dispone: “La incorrecta instalación de la cosa se equiparará a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo”. La regla tiene por finalidad recoger la solución de la Directiva 1999/44/CE. En este sentido, en la Exp. de motiv. (14) se dice: “[e]s frecuente que la compraventa de un bien prevea la instalación del mismo. Teniendo en cuenta esta circunstancia, el nuevo artículo 1479 regula la responsabilidad del vendedor por instalación incorrecta y, tal como hace la Directiva, la equipara a la falta de conformidad. Este precepto prevé dos situaciones: aquellos casos en los que la instalación la realiza el vendedor, o bajo su responsabilidad, y aquellos otros en los que la instalación queda a cargo del comprador, bajo instrucciones que le facilita el vendedor. En ambos casos el vendedor responde. En el primero por haber ejecutado una instalación defectuosa, en el segundo por el error en las instrucciones suministradas por él. Adviértase que las instrucciones pueden haberle sido preparadas por un tercero”.

¿Puede entenderse que la calificación más adecuada de este supuesto es que hay una compraventa, y no un contrato de servicio?

Como se sabe –y ya se ha hecho referencia a ello– se trata de un problema de calificación contractual que ya se plantea en el Derecho romano. Por lo mismo, el clásico ejemplo de GAYO permite ilustrarlo: A encarga a B la confección de unos anillos de oro. La actividad que B realiza (el proceso de transformación del oro) está *dirigida a obtener un bien* (los anillos). La pregunta es, ¿qué hay aquí?, ¿un contrato de servicio o un contrato de compraventa? Recordemos que el propio GAYO ofrece también el criterio de solución más aceptado entre los romanos: depende de quién haya suministrado el oro. Si ha sido A, no hay problema de calificación, *el contrato no es una compraventa*, sino sólo un contrato de servicio (*locatio conductio*); si ha sido B (el artífice) quien suministra el oro, entonces el contrato se califica de compraventa ⁵²².

a) La aproximación del DCFR a este supuesto

[168] Como ya se ha señalado, en los comentarios del DCFR se plantea que el servicio puede tener como resultado una estructura inmueble, una cosa mueble corporal o una cosa incorporeal (*supra* [164]). De hecho, parece posible afirmar que algunos de los *service contracts* especialmente regulados *suponen este resultado*, como ocurre

⁵²² El pasaje referido es GAYO 3.147 (*supra* nota 18). Como se ha mostrado en el capítulo 2, esta es la solución seguida por DOMAT y por POTHIER, y, según una parte importante de la doctrina civil francesa, es también la solución adoptada por el *Code civil*.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

con el contrato de *construction*, y también con los contratos de *design* y *de information or advice*.

En efecto, y aunque al respecto no se dice nada en los comentarios del DCFR, sí se encuentra esta afirmación en los comentarios de los PEL SC. Los redactores de los PEL SC entienden, en este sentido, que “la edificación de una estructura inmueble nueva, o la creación de una cosa mueble nueva son los *ejemplos más importantes* de servicios que parten de cero y que conducen a un resultado material” ⁵²³ [actividades, éstas, que caen dentro del ámbito del contrato de *construction* (arts. IV.C.-3:101 a IV.C.-3:108) ⁵²⁴].

Pero además, los redactores de los PEL SC consideran que también se da este “resultado material” en el contrato de *design* (recogido en el DCFR en los arts. IV.C.-6:101 a IV.C.-6:107⁵²⁵); y en el contrato de *information and advice* (recogido en el DCFR en los

⁵²³ *Cfr. comment A* del Chapter 1 (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 131). En los respectivos comentarios del DCFR, sin embargo, no se recoge esta explicación.

⁵²⁴ El Capítulo 3, dedicado al contrato de *construcción*, se aplica a la construcción (o alteración material) de un edificio u otra estructura inmueble, siguiendo un diseño provisto por el cliente. Pero, con adaptaciones apropiadas, se aplica también a los contratos en los que el constructor debe construir una cosa corporal o incorporeal, siguiendo un diseño provisto por el cliente, o bien, debe construir (o alterar materialmente) un edificio u otras estructura inmueble, o construir un objeto mueble corporal o una cosa incorporeal siguiendo un diseño suministrado por el propio constructor [art. IV.C.-3:101 DCFR (*Scope*)].

⁵²⁵ El Capítulo 6, dedicado al *contrato de diseño*, se aplica a los contratos en los que una parte, el diseñador, debe diseñar para la otra parte, el cliente: (a) una estructura inmueble que debe ser construida por (o por cuenta de) el cliente; y (b) una cosa mueble o una cosa incorporeal o un servicio que debe ser construido o ejecutado por (o por cuenta de) el cliente. Un contrato por el cual una parte debe diseñar un servicio y luego realizar ese servicio (ejecución del diseño) debe ser considerado *preferentemente* como un contrato de ejecución del servicio subsecuente (y no, un contrato de diseño) [art. IV.C.-6:101 DCFR (*Scope*)].

arts. IV.C.-7:101 a IV.C.-7:109⁵²⁶)⁵²⁷. En relación con este punto, los redactores de los PEL SC consideran que la única diferencia que existe entre el contrato de construcción y estos otros dos contratos –el de diseño y el de información o asesoría– es que en estos últimos el valor económico no está representado por el valor material del papel en el cual se plasma el diseño o el informe, sino por las ideas inmateriales o la información incluidas en el diseño o en el reporte⁵²⁸. En mi opinión, entender que estos contratos estén dirigidos a obtener un *resultado material* es por lo menos, discutible⁵²⁹.

[169] Ahora bien, aun cuando se dice que el contrato de servicio puede estar dirigido a obtener un *resultado material* (por ejemplo,

⁵²⁶ El Capítulo 7, dedicado al contrato de *información y asesoría*, se aplica a los contratos en virtud de los cuales una parte, el proveedor, se obliga a proveer información o asesoría a la otra parte, el cliente. El capítulo 7 no se aplica al contrato de tratamiento (médico), que está regulado en el Capítulo 8, y que contiene reglas más específicas en relación con los deberes de información [art. IV.C.-7:101 DCFR (*Scope*)].

⁵²⁷ *Comment A* del *Chapter 1* (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 131).

⁵²⁸ “However, unlike the newly built structure or thing, their economic value is not expressed in the material value of the paper on which the design or report is made, but in the immaterial ideas and information embedded in or underlying the design and the report” [*comment A* del *Chapter 1* (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 131)].

⁵²⁹ En mi opinión, considerar que el contrato de diseño y el contrato de información o asesoría estén orientados a obtener un resultado material es un error conceptual. Las razones de ello son diferentes en cada caso. Me sirvo aquí, por parecerme útil, del criterio de distinción conceptual entre bienes y servicios propuesto por el economista P. HILL (trabajos referidos *supra* nota 369). Siguiendo el criterio propuesto por HILL, el “diseño” (de un determinado bien o de un servicio) puede ser considerado en sí mismo un *bien*, porque, una vez creado existe con independencia de las partes del contrato, y por lo mismo, sobre él es posible establecer derechos de propiedad. Según HILL, el “diseño” es algo que se puede “vender”, pero es, en todo caso, un bien *incorporal* (una cosa muy distinta es el soporte en el que se almacena o reproduce, que puede ser material). *El informe*, en cambio, no es un *bien* sino el resultado de un proceso de servicio que, como tal, no existe con independencia de las partes, y sobre el cual no es posible establecer derechos de propiedad [*cfr.* HILL (1999) p. 438 y ss.].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

tomando el clásico ejemplo de GAYO, la confección de unos anillos), hay que tener presente que, en el modelo del DCFR, la calificación contractual de un contrato de confección de bienes como contrato de servicio *no plantea dudas, únicamente, en la medida en que el deudor (proveedor del servicio) no requiera transferir al cliente la propiedad del bien resultado del trabajo*. Si, al contrario, el bien resultado de la actividad realizada por el deudor *debe ser transferido en propiedad al cliente*, entonces *se impone la calificación de compraventa*. Paso a justificar esta afirmación.

El art. IV.C.-2:106(2) DCFR (*Obligation to achieve result*) se sitúa en la hipótesis de que el prestador del servicio tenga que transferir al cliente una cosa en propiedad ⁵³⁰. Ello permite pensar que esta circunstancia –la obligación de transferir la propiedad del bien elaborado– no alcanza a desnaturalizar el contrato, que seguiría siendo un *service contract*. No obstante, la lectura sistemática de la regulación de los contratos mixtos del DCFR y de las reglas específicas de la compraventa del DCFR, permite concluir que el contrato que tiene por objeto la confección de un bien cuya propiedad debe transferirse al cliente, debe ser calificado *preferentemente* como compraventa, al menos cuando se trate de la confección de bienes corporales muebles ⁵³¹.

⁵³⁰ Art. IV.C.-2:106(2) DCFR: “*In so far as ownership of anything is transferred to the client under the service contract, it must be transferred free from any right or reasonably based claim of a third party [...]*”.

⁵³¹ La regulación de la compraventa en el DCFR, en la Parte A del Libro IV, bajo el nombre de *Sales*, es principalmente aplicable a los contratos de venta de bienes (*goods*) y garantías al consumidor asociadas a la venta [art. IV.A.-1:101 DCFR (*Contracts covered*)] y se aplica también a la venta de *goods* que al tiempo de la celebración del contrato no existen todavía, y de los bienes que deben producirse o

En efecto, tal contrato, por el que una parte se compromete a confeccionar un bien que luego debe transferir en propiedad a la otra parte, podría ser considerado, *en principio*, como contrato *mixto* de servicio (en lo que toca a la confección del bien) y de compraventa (en lo que toca a la transferencia de la propiedad). Ello, en virtud de lo establecido en el art. II.-1:107(1) DCFR. *Pero*, en virtud de lo establecido por el propio art. art. II.-1:107(3) DCFR (*supra* [149]) en conexión con el art. IV.A.-1:102 DCFR (*Goods to be manufactured or produced*), resulta que tal contrato *debe ser calificado prioritariamente como compraventa*. Este último artículo, el IV.A.-1:102 DCFR, dispone:

“A contract under which one party undertakes, for a price, to manufacture or produce goods for the other party and to transfer their ownership to the other party is to be considered as primarily a contract for the sale of the goods” [destacado añadido].

La consecuencia de esta calificación, favorable a la compraventa, es que *se excluye la aplicación directa de la regulación de los service contracts* al supuesto que ahora se analiza. La posibilidad de aplicar la regulación de los *service contracts* al caso en el que una parte deba confeccionar un bien cuya propiedad deba transferir a la otra parte, se admite únicamente como una concesión, que además requiere que las reglas de los *service contracts* sean adecuadamente adaptadas. Así, por ejemplo,

fabricarse [art. IV.A.-1:201 DCFR (*Goods*)]. Además, quedan dentro del ámbito de aplicación de la compraventa del DCFR una serie de bienes como embarcaciones, naves, aviones u objetos espaciales (distanciándose, en este punto, del modelo de la CISG, en la que esos bienes fueron excluidos del ámbito de aplicación de la CISG) [*cfr. comment B* del art. IV.A.-1:201 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, pp. 1227-1228].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

se entiende que sería justificada la aplicación parcial de las reglas de los *service contracts* si se trata de un contrato cuyo objeto es la construcción de un prototipo o de un bien único, bajo la dirección activa del cliente, pero se insiste que, en caso de conflicto, las reglas de la compraventa prevalecen ⁵³².

[170] La aproximación adoptada por el DCFR en relación con este problema –el de la calificación contractual del contrato que tiene por objeto la confección y posterior transferencia de un bien– es algo diferente a la aproximación que se adoptó en los PEL SC. En el *comment* F del art. 1:101 PEL SC, se plantea que el contrato por el cual se encarga la confección de un bien, cuya propiedad debe luego transmitirse, podría calificarse, en principio, de contrato mixto de venta y servicio. No obstante, se sugiere que este contrato podría ser calificado *únicamente como contrato de servicio* en el caso en que la cosa haya sido fabricada *siguiendo unas específicas instrucciones del cliente* (excluyendo, por tanto, la aplicación de las reglas de la compraventa en este caso) ⁵³³.

Esta diferente aproximación de los PEL SC y del DCFR ha llevado a sugerir que el texto del DCFR refleja cierta obsesión por el contrato de compraventa como contrato “modelo”, y que la solución de los PEL SC es, en este sentido, más matizada⁵³⁴. Pese a esas consideraciones, creo que la solución del DCFR, de considerar prioritariamente al contrato

⁵³² *Comment* B del art. IV.A.-1:102 [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, pp. 1221-1222].

⁵³³ *Cfr.* BARENDRECHT *et al*, *PEL SC*, p. 131.

⁵³⁴ LOOS (2010) p. 7.

como una compraventa, no deja de ser una *solución razonable*, y ayuda a trazar una línea más clara de delimitación entre los contratos de servicio y el de compraventa, atendiendo al objeto de la prestación. En este sentido, la razón de que las reglas de la compraventa sean las que prevalezcan, es que la parte que ordena los bienes está principalmente interesada en obtener un producto final (un *bien*) que sea conforme con el contrato. Y precisamente a esa finalidad económica responde el modelo de la compraventa. En este sentido, los redactores del DCFR expresan que:

“[E]xperience has shown [...] that is more convenient to regard most such contracts as sales contracts, particularly in the case of an order for the production and sale of standar mass-produced items where ordering party has no input into the manufacturing process [...] such contracts are functionally just like ordinary sales contracts except that the goods are yet to be made instead of already made” ⁵³⁵.

b) La comparación de la solución del DCFR con la solución que adoptan la Directiva 1999/44/CE, la CISG, algunos ordenamientos de Derecho comparado, y el Derecho español

[171] Los redactores de DCFR destacan que el DCFR sigue, en relación con el supuesto que comento, *la misma aproximación* que

⁵³⁵ *Comment B* del art. IV.A.-1:102 [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1221].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

adopta la Directiva 1999/44/CE ⁵³⁶. El art. 1.4 de la Directiva 1999/44/CE considera compraventa “[l]os contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse”. Así, el contrato por el que se encarga la confección de un bien de consumo se considera en todo caso *venta, siendo irrelevante quien haya aportado los materiales necesarios para su confección*. Ello implica que, en el ámbito de la Directiva 1999/44/CE (la venta de bienes de consumo) mirar la obligación del deudor como una obligación de hacer es irrelevante, porque lo único que interesa es que el vendedor entregue al comprador un bien conforme al contrato ⁵³⁷.

Pese a adoptar una aproximación similar, es conveniente destacar que la solución del art. IV.A.-1:102 DCFR, a diferencia de la solución del art. 1.4 de la Directiva 1999/44/CE, *no se limita a los contratos de consumo*. Y que, por otro lado, existe entre ambos textos *un matiz de diferencia*: en el art. IV.A.-1:102 DCFR se introduce un elemento de flexibilidad con el empleo de la expresión “*primarily*” (preferentemente), expresión que

⁵³⁶ *Ibíd.*

⁵³⁷ En relación con la inclusión de los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse, en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44/CE, GÓMEZ POMAR entiende que “[p]arece correcto que la garantía (el conjunto de derechos del cliente frente a la otra parte en el contrato) asociada a un traje hecho a medida o a un mueble de encargo no sea diferente a la que acompaña a estos artículos ya fabricados, independientemente del hecho de que en los diferentes sistemas jurídicos europeos el contrato sobre la primera clase de bienes no pueda ser considerado jurídicamente un contrato de compraventa” (GÓMEZ POMAR, F., “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, *Indret*, 4/2001, p. 15).

permite, como ya se ha dicho, que las reglas de los servicios se apliquen subsidiariamente en caso de necesidad ⁵³⁸.

Esta es también la aproximación de la PR CESL. El art. 2 (k) de la PR CESL (*Definiciones*) dispone: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por [...] «contrato de compraventa»: todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir [...]” ⁵³⁹.

[172] La solución del DCFR (que es la misma de la Directiva 1999/44/CE, con los matices apuntados), parece *distinta de la que adopta la CISG*. Como es ampliamente sabido, el ámbito objetivo de

⁵³⁸ *Cfr. comment C* del art. IV.A.-1:102 [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1223].

⁵³⁹ En relación con este punto, el cdo. 16 de la PR CESL señala que “[s]e debe poder recurrir a la normativa común de compraventa europea, en particular, para la venta de bienes muebles, incluida su fabricación o producción, ya que este es, desde el punto de vista económico, el tipo de contrato que podría encerrar mayor potencial de crecimiento en el comercio transfronterizo, sobre todo en el comercio electrónico”. WENDEHORST sostiene, que el CESL no aborda la cuestión de la transferencia de la propiedad de estos bienes, y que por tanto, esta materia queda regida por las reglas nacionales que sean aplicables en virtud de las normas de conflicto, usualmente, la *lex rei sitae*. Y si bien hay diferencias entre los ordenamientos nacionales (en el sentido de que algunos ordenamientos consideran que si las materias primas o componentes fueron entregados por el cliente entonces las cosas producidas son siempre de propiedad del cliente, y no hay, por tanto, transferencia de propiedad), WENDERHOST estima que el CESL debería ser aplicable cada vez que, en definitiva, el cliente deba llegar a ser el dueño de los bienes (esto es, cada vez que se deba realizar la transferencia de la propiedad, o cada vez que habría que realizarla si el cliente no fuera ya el propietario). En opinión de WENDEHORST, esta aproximación es similar a la de la Directiva 1999/44/CE [*cfr.* WENDEHORST, “Art. 5 PR CESL”, en SCHULZE (edit.), *CESL commentary*, pp. 42-43].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

aplicación de la CISG son los *contratos de compraventa de mercaderías* [art. 1(1) CISG].

i. La CISG no contiene propiamente una definición de compraventa, pero se entiende que, para la CISG, la compraventa es un contrato por el cual mercaderías son intercambiadas por dinero ⁵⁴⁰.

ii. Asimismo, la CISG no contiene una definición de mercaderías –“*goods*”– ⁵⁴¹. De acuerdo con el acervo jurisprudencial –el *case law*– las mercaderías son objetos que, al momento de la entrega, son bienes *muebles y tangibles*, con independencia de que sean

⁵⁴⁰ En este sentido MISTELIS, quien señala que esta es la noción que puede obtenerse de los arts. 30 y 53 CISG, aunque inmediatamente agrega: “[i]t would be more precise though to consider as a sales contract covered by the CISG a contract pursuant to which the seller is bound to deliver the goods and transfer the property in the goods sold and the buyer is obliged to pay the price and accept the goods. Not all contracts with the characteristics of sales contract will fall under the ambit of the CISG: sometimes what is relevant is the nature of the contract, and in other cases the nature of the goods sold” [MISTELIS, L., “Art. 1” en KROLL, S./MISTELIS, L./PERALES VISCASILLAS, P. (eds.) *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford (UK) y Portland (USA), 2011, pp. 27-28]. En el mismo sentido FERRARI, con cita a los autores y a las sentencias que recogen esta definición [(2004) pp. 58-59 y nota 135]. MISTELIS agrega que la aplicación de la CISG a otros contratos distintos de la compraventa, pero que contienen algunos elementos propios de la venta, es un punto discutido. Hay, sin embargo, casos en los que existe suficiente jurisprudencia para afirmar con claridad que la CISG no es aplicable. Así ocurre, por ejemplo, con los contratos de distribución, con los de franquicia o con los contratos de venta que incorporan alguna clase de acuerdo de financiación (como el *leasing*). Todos estos no quedan incluidos, porque la parte de venta que el contrato tiene no se considera la parte preponderante (*ibíd.*, pp. 29-31). Los mismos casos son recogidos por FERRARI (2004) pp. 62-65.

⁵⁴¹ “Although the CISG applies to sales of goods, there is no definition of what constitutes goods [...] Any law of sales will have a number of borderline situations where it is not clear whether the sale is of goods or of some other category of asset. A common one not discussed in the CISG is the point at which ore, timber, crops and the like cease being part of the land and become «goods»” [BERGSTEN, E., “Methodological Problems in the Drafting of the CISG”, en JANSSEN, A./MEYER, O., *CISG Methodology*, Sellier, Munich, 2009, p. 25]

sólidos o no, que sean nuevos o usados, o que sean inanimados o vivos ⁵⁴². Los intangibles, como la propiedad intelectual y otros productos intelectuales (como por ejemplo, los estudios de mercado o los informes de expertos) difícilmente se califican como mercaderías ⁵⁴³.

Ahora bien, pese a que el ámbito natural de aplicación de la CISG sean los contratos de *compraventa de mercaderías*, la CISG se aplica también “a algunos contratos mixtos que tienen un elemento preponderante de compraventa” ⁵⁴⁴. El art. 3(1) CISG dispone: “*Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción*” ⁵⁴⁵. En la CISG, por tanto, el contrato que tiene por objeto la confección de mercaderías se califica como compraventa en el caso de que el artífice (el vendedor) asuma la obligación de *proporcionar la parte sustancial de*

⁵⁴² MISTELIS (2011) p. 31.

⁵⁴³ *Ibíd.*, p. 32. MISTELIS agrega: “[i]n fact, one can argue that market research or an expert report is a contract of different quality, namely the provision of a service or a contract for the performance of a work”.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, p. 27. Esto se puede explicar, en opinión de FERRARI, por el hecho de que en el comercio moderno no sólo se solicitan bienes que ya están fabricados, sino también bienes que deben ser fabricados, y por tanto, se celebran “ventas” de trabajo y servicios y que, por esta razón, es posible afirmar que los contratos de compraventa tienen cada vez más a convertirse en contratos de servicios” [cfr. (2004) p. 65].

⁵⁴⁵ La regla del art. 3(1) CISG es consistente con el que recoge el art. 6(2) de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías*, de 14 de junio de 1974: “*Se asimilan a las compraventas los contratos que tengan por objeto el suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que quien las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte esencial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción*”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

los materiales. Si es el *cliente* quien suministra la parte sustancial de la *materia*, el contrato no se considera compraventa.

La aplicación del criterio del art. 3(1) CISG –“*parte sustancial de los materiales necesarios*”– ha generado algunas dificultades de interpretación⁵⁴⁶. Ello, porque el art. 3(1) CISG no señala ningún elemento de juicio para determinar qué ha de entenderse por *parte sustancial*⁵⁴⁷. En respuesta, el Consejo consultivo de la CISG ha establecido que para determinar qué es “*una parte sustancial de los materiales*”, debe utilizarse primordialmente el criterio del “valor económico”⁵⁴⁸.

Así pues, como puede apreciarse, la CISG y el DCFR no abordan este problema de calificación contractual de la misma forma. *Por un lado*, en la CISG, el criterio central para calificar el contrato como compraventa es que el artífice haya proporcionado la parte sustancial de los materiales. En el DCFR, en cambio, se sostiene que, en la medida que exista la obligación de transferir la propiedad del objeto una

⁵⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, BERGSTEN, quien tras afirmar que en el art. 3(1) “[t]he CISG does provide the criteria for determining when goods that are to be manufactured for the buyer fall within its scope of application”, advierte que “[t]here has been some controversy as to how those criteria *are to be applied*” [(2009) p. 25].

⁵⁴⁷ En este sentido, FERRARI (2004) pp. 67-68.

⁵⁴⁸ Ese criterio del valor económico debe determinarse sobre la base de un análisis global, y sólo cuando este análisis no sea apropiado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podrá utilizarse el criterio de la “esencialidad”, que consiste en atender a la “calidad/funcionalidad de los materiales proporcionados por las partes” [*cfr.* GARRO, A./PERALES VISCASILLAS, P., “Opinión número 4: contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (art. 3 CISG)”, *ADC*, n. 61, 2008 (3) p. 1438 y ss.].

vez producido, *no interesa determinar quien suministró los materiales*⁵⁴⁹. Por otro lado, el Consejo Consultivo de la CISG ha indicado que, a efectos de la interpretación del art. 3(1) CISG “es irrelevante si las mercaderías que deben ser manufacturadas o producidas son fungibles o no fungibles, estandarizadas o fabricadas por encargo”⁵⁵⁰. En cambio, en el modelo del DCFR, el hecho de que los bienes sean infungibles o fungibles, o fabricados de forma estandarizada o por encargo, puede incidir en la calificación del contrato; el que, en vez de ser considerado prioritariamente como compraventa (este será el caso si los bienes a confeccionar son fungibles y estandarizados) pudiera ser considerado mixto, y ser admitible, en consecuencia, una aplicación de las reglas de los *service contracts*, aunque adaptadas (este sería el caso si los bienes a confeccionar son infungibles y hechos por encargo; según lo dicho *supra* [169] y nota 195).

Ahora bien, pese al *distinto enfoque* adoptado por el DCFR y por la CISG, creo que es posible sostener, que *el criterio de fondo* para calificar de

⁵⁴⁹ “It does not matter who supplied the materials, provided that there was an obligation to transfer ownership of the goods, once made, to the party ordering the goods. This means that a contract under which one party is to supply materials (or most of them) and the other is to construct something out of them (acquiring ownership of the new thing in the process) and then transfer the ownership of the new thing to the ordering party is primarily one of sale” [*comment* B del art. IV.A.-1:102; VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1222.

⁵⁵⁰ Y además, entiende que: “[e]l suministro de mano de obra u otros servicios necesarios para la manufactura o producción de las mercaderías se encuentra contemplado dentro de las palabras «manufacturadas o producidas» del artículo 3(1) CNUCCIM y no se rige por el artículo 3(2) CNUCCIM”; y que: “[l]as palabras «materiales necesarios para esa manufactura» en el artículo 3(1) CNUCCIM no contemplan los dibujos, especificaciones técnicas, tecnología o fórmulas, a menos que los mismos incrementen el valor de los materiales suministrados por las partes” [*cfr.* GARRO/PERALES VISCASILLAS (2008) pp. 1438-1439].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

compraventa, un contrato que tiene por objeto la confección de bienes, *es el mismo* en ambos textos. La solución de corte romanista que acoge la CISG –que califica como compraventa la confección del bien si ha sido el artífice quien aporta el material– se justifica porque se entiende que la materia sobre el cual trabaja el artífice *no pertenece en ningún momento al acreedor* (al cliente) y por tanto, tampoco puede pertenecer al acreedor (al cliente) el resultado del trabajo. Dicho en términos simples, y utilizando el clásico ejemplo de GAYO, si alguien ordena la confección de unos anillos de oro, pero no suministra el oro necesario, simplemente está *comprando* anillos. Cuando, en cambio, el artífice construye o crea el bien con materiales que le han sido entregados por el cliente, la entrega del bien producido –una vez realizado el trabajo– no puede implicar transferencia de dominio (en cuanto puede entenderse que el artífice nunca se ha hecho dueño de dichos materiales). Esa entrega es simplemente la restitución de las cosas (aunque modificadas) a su dueño. Y el contrato, por tanto, no puede ser calificado de compraventa.

[173] En *Derecho comparado*, las soluciones recogidas en los distintos ordenamientos, en relación con este punto –el de la calificación del contrato que tiene por objeto la confección de un bien– son muy disímiles⁵⁵¹. No obstante, se observa cierta tendencia en el sentido de que el hecho de que sea el artífice quien suministre los materiales necesarios para la confección del bien –la obra– no basta

⁵⁵¹ *Cfr.* PERALES VISCASILLAS, P., “Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa desde y antes de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo”, *CJ*, n. 3, 2003, pp. 8-10.

para calificar un contrato como compraventa. Es más, algunos ordenamientos, al regular el contrato de obra, ponen de cargo del artífice el aporte de los materiales (al menos presuntivamente) como ocurre, por ejemplo, en el Código civil italiano⁵⁵², en el Código civil portugués⁵⁵³ o en el Código Suizo de las obligaciones⁵⁵⁴. Ocurre lo mismo en la mayoría de los códigos latinoamericanos ⁵⁵⁵.

⁵⁵² El Código civil italiano de 1942 es mucho más claro en este sentido que su antecesor, que únicamente reproducía, en su art. 1634, la afirmación del *Code civil* de que puede convenirse que el artífice aporte únicamente el trabajo o además la materia (*"Quando si commette ad alcuno di fare un lavoro, si può pattuire che egli somministri soltanto la sua opera o la sua industria, ovvero che somministri anche la materia"*). En el Código en vigor, el hecho de que sea el artífice quien suministre los materiales, no modifica, en principio, la calificación del contrato como de *appalto* o de *opera*. Y de hecho, tratándose de *appalto* (mediana o gran empresa) el art. 1658 pone de cargo del artífice, al menos presuntivamente, el suministro de los materiales necesarios, aunque el criterio determinante es la voluntad de las partes y la costumbre (los usos comerciales) [art. 1658 (*Fornitura della materia*): *"La materia necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dall'appaltatore, se non e' diversamente stabilito dalla convenzione o dagli usi"*]. Para el contrato de *opera* (pequeña empresa), el art. 2223 reitera el mismo principio: aunque la materia sea suministrada por el prestador, el contrato se rige por dichas normas, salvo que las partes hayan considerado especialmente la materia, caso en el cual se aplican las reglas de la compraventa [art. 2223 (*Prestazione della materia*): *"Le disposizioni di questo Capo si osservano anche se la materia e' fornita dal prestatore d'opera, purché le parti non abbiano avuto prevalentemente in considerazione la materia, nel qual caso si applicano le norme sulla vendita"*].

⁵⁵³ El Código civil portugués, en la regulación del contrato de *empreitada*, parte de la base que los materiales pueden ser suministrados tanto por el artífice como por quien encarga la confección de la cosa, pero en principio *son de cargo del artífice* [art. 1212 (*Fornecimento dos materiais e utensílios*): *"1. Os materiais e utensílios necessários à execução da obra devem ser fornecidos pelo empreiteiro, salvo convenção ou uso em contrário"*].

⁵⁵⁴ El Código Suizo de las Obligaciones, además de calificar el contrato en todo caso como *contrat d'entreprise* y poner de cargo del empresario, en principio, el aporte de los materiales (art. 364.3 CO: *"Sauf usage ou convention contraire, l'entrepreneur est tenu de se procurer à ses frais les moyens, engins et outils qu'exige l'exécution de l'ouvrage"*) establece que, cuando es el artífice quien aporta el material, éste es responsable frente al dueño de la obra de la buena calidad de la materia, y le debe *la misma garantía que el vendedor* (art. 365 CO: *"L'entrepreneur est responsable envers le"*

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Lógicamente, la trasposición de la Directiva 1999/44/CE ha incidido en la aproximación de los Derechos nacionales. La trasposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho alemán –trasposición que se hizo con ocasión de la Ley de Modernización del Derecho de las obligaciones de 2002⁵⁵⁶– ha incidido en la calificación del contrato que tiene por objeto la confección de bienes. Tras la reforma, puede decirse, en términos simples, que si el contrato tiene por objeto la producción de un bien mueble fungible, se le aplica el régimen de la venta; si es infungible, las reglas del contrato de obra son también aplicables.

Con anterioridad a la reforma del BGB de 2002, la solución a este problema de calificación se encontraba en el antiguo § 651 BGB, que seguía, en principio, la solución tradicional romana: para calificar al contrato había que determinar, *en primer lugar*, a quién pertenecían los materiales sobre los cuales el deudor debía confeccionar la obra. Si todos los materiales, o los principales, eran

maître de la bonne qualité de la matière qu'il fournit, et il lui doit de ce chef la même garantie que le vendeur").

⁵⁵⁵ Al menos, en los códigos modernos, el código civil de Venezuela (*cfr.* art. 1631), el de Paraguay (art. 852); el de Bolivia (*cfr.* art. 736); el de Brasil (*cfr.* art. 593); el de México (*cfr.* arts. 2605 y 2616) y el de Perú (*cfr.* art. 1773). Y entre los más antiguos, el argentino (*cfr.* art. 1629), el de Panamá (*cfr.* art. 1340)] y el de Uruguay (*cfr.* art. 1840).

Sigue, en cambio, la tradición romanista de calificar el contrato de obra con aporte de material como compraventa, el Código civil chileno (*cfr.* art. 1996). Y la misma solución se encuentra –debido a la adopción casi íntegra del Código civil chileno– en los códigos civiles de Ecuador (*cfr.* art. 1930); de El Salvador (*cfr.* art. 1784); de Honduras (*cfr.* art. 1762) y de Colombia (*cfr.* art. 2053). El Anteproyecto de Código civil y Comercial de la Nación de Argentina, presentado por el ejecutivo en marzo de 2012, recoge también el criterio romanista (*cfr.* art. 125).

⁵⁵⁶ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht*, que entró en vigor el 1 de enero de 2002. Sobre uno de los principales aspectos de esta reforma, la modernización del régimen del incumplimiento contractual y sus remedios, vuelvo más adelante, en la segunda parte de la tesis (*infra* [242] y ss.).

aportados por el acreedor (el cliente), entonces el contrato era *de obra* (*Werkvertrag*) y se aplicaba el régimen del § 631 y ss. del BGB. Si, en cambio, la obra se confeccionaba con materiales que pertenecían al deudor, se debía realizar una nueva distinción: si la obra era un *bien fungible*, el contrato se regía enteramente regido por la regulación de la compraventa; en cambio, si lo que el deudor debía confeccionar era un *bien no fungible*, el BGB preveía un régimen mixto con una calificación especial (*Werklieferungsvertrag*), contrato que quedaba sujeto a las reglas de la venta en lo relativo a la transferencia de la propiedad, mientras que la garantía por los vicios quedaba sujeta al régimen del contrato de obra⁵⁵⁷.

Después de la reforma de 2002, la distinción entre el contrato de obra (§ 631 y ss. BGB) y el de compraventa (§ 433 y ss. BGB) resulta mucho más sencilla, conservándose únicamente el criterio de la *fungibilidad* (y ya no el criterio de quién ha aportado el material)⁵⁵⁸. En lo que respecta a la producción de cosas muebles fungibles, el § 651 BGB declara que se aplica el régimen de la

⁵⁵⁷ Cfr. HESELER, F., "Le nouveau du contrat d'entreprise", *RIDC*, v. 54, 4-2002, pp. 1007-1008. El antiguo § 651 BGB disponía: "Si el artífice se obliga a realizar la obra con un material a suministrar por él, dicho artífice ha de entregar al comitente la cosa elaborada y proporcionarle la propiedad de la cosa. A semejante contrato se aplican las disposiciones sobre la compraventa; si ha de elaborarse una cosa no fungible, se subrogan en el lugar del parágrafo 433, del parágrafo 446, párrafo 1.º, inciso 1.º, y de los parágrafos 447, 459, 460, 462 a 464 y 477 a 479, las disposiciones sobre el contrato de obra, con excepción de los parágrafos 647 y 648./Si el artífice se obliga solamente a procurar ingredientes u otras cosas accesorias, se aplican exclusivamente las disposiciones sobre el contrato de obra" [trad. MELÓN INFANTE, C., *Código civil alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano, acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Bosch, Barcelona, 1955; publicado como apéndice de ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955].

⁵⁵⁸ Cfr. HESELER (2002) p. 1008.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

venta⁵⁵⁹. Ello incluye los remedios disponibles pero también, por ejemplo, la obligación que se impone al constructor de transferir la propiedad de la cosa producida, según el § 433(1) BGB (de la compraventa)⁵⁶⁰. Sin embargo, se sostiene que este § 651 BGB tiene escasa importancia práctica, pues tras la reforma, el régimen de la venta se ha aproximado notoriamente al del contrato de obra⁵⁶¹.

[174] En el *Derecho español*, como ya se ha dicho, el contrato en virtud del cual el artífice debe obtener *un resultado* –sea material o inmaterial– es calificado por la doctrina y la jurisprudencia como *contrato de obra*, y no como compraventa. La calificación como *contrato de obra* no presenta ningún problema en la medida que el artífice

⁵⁵⁹ § 651 BGB: “A un contrato que tiene por objeto el suministro de cosas muebles que han de fabricarse o producirse se aplican las disposiciones sobre la compraventa. El § 442 apartado 1, inciso 1, también se aplica a estos contratos si el vicio ha de atribuirse al material suministrado por el comitente. En la medida en que las cosas muebles que han de fabricarse o producirse no son fungibles, se aplican también los §§ 642, 643, 645, 649 y 650 con la salvedad que en lugar de la recepción se debe tener en cuenta la fecha decisiva conforme a los §§ 446 y 447” (trad. SAÍZ GARCÍA, C; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS, *Código civil alemán*; destacado añadido]. Como se ve, si las cosas que deben producirse *no son fungibles*, se aplican además, las reglas del contrato de obra, marcando una diferencia en relación con el régimen aplicable según el bien a producir sea fungible o no.

La parte que se ha destacado del § 651 BGB es traducida por M.^ª L. VIVES MONTERO de la siguiente forma: “*Siempre que en el caso de cosas muebles por producir o por fabricar se trate de cosas fungibles, son también de aplicación [...]*”, traducción que, atendido el texto original, no es correcta, y modifica el sentido de la regla [VIVES MONTERO, M.^ª L., “Traducción de la reforma 2002 del BGB”, *ADC*, n. 55, 2002(3) pp. 1305-1306; destacado añadido].

⁵⁶⁰ Cfr. MARKESINIS *et al.*, *The german law of contract*, p. 156. El § 433(1) BGB (*Deberes contractuales típicos en el contrato de compraventa*) dispone: “(1) Por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa [...]” [trad. de NIEVA FENOLL, J; rev. FISCHER, K, en LAMARCA MARQUÈS, A., *Código civil alemán*].

⁵⁶¹ Cfr. HESELER (2002) p. 1008.

únicamente pone su trabajo. Sin embargo, cuando el artífice debe, además de su trabajo, *suministrar los materiales* necesarios para la obra, la doctrina plantea que “puede surgir duda sobre si el contrato [celebrado] es de venta o de arrendamiento de obra con suministro de material”⁵⁶².

Sobre el punto, la doctrina *mayoritaria* entiende que el contrato por el cual una parte se obliga a confeccionar una obra *aportando los materiales necesarios* debe ser calificado como *contrato de obra* y no como compraventa. En este sentido, en la doctrina se afirma que el Código civil, en su art. 1588 (véase *supra* [56]) se aparta de la solución tradicional romana ⁵⁶³.

En relación con lo que se acaba de indicar, dos comentarios:

- i. En mi opinión, el tenor del art. 1588 CC no impediría que, en el caso de que sea el artífice quien aporte el material, el contrato pueda ser calificado como compraventa (siguiendo, así, la solución tradicional romana). En efecto, en la medida que la Sección que el Código civil dedicada a la obras por ajuste o precio alzado (art. 1588 y ss.) *gira sobre la base de la construcción de un bien inmueble* (edificación), resulta posible concluir que el texto del art. 1588 CC no se aparta de la tradición romanista, sino que es consistente con ella: aun cuando el artífice suministre todos los materiales necesarios, el contrato (de edificación) es siempre un contrato de obra (y no una compraventa) porque se entiende que, en tal caso,

⁵⁶² ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, t. 2, p. 734.

⁵⁶³ Así lo indican, por ejemplo, SALVADOR (1993) p. 1188; y DÍAZ-REGAÑÓN (2009) p. 1838. Sobre la interpretación del art. 1588 CC, valga también lo dicho *supra* [56].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

quien encarga la obra siempre está aportando la parte más importante de la “materia”, que es *el terreno* ⁵⁶⁴.

ii. Como se ha indicado arriba, la posición que entiende que el contrato de confección de obra con aporte de materiales es siempre un contrato de obra es la posición *mayoritaria*. En la doctrina, también se ha considerado que, más que elegir entre los dos tipos contractuales –el de compraventa y el de obra– lo que se debe hacer es integrarlos en la calificación del contrato que se haya celebrado, contrato que debe considerarse “mixto” o “complejo” ⁵⁶⁵. Por otro lado, hay que tener presente que la aceptación del criterio mayoritario –la calificación del contrato como *de obra*– no ha impedido a un sector de la doctrina propiciar una *aplicación subsidiaria* de las reglas de la compraventa ⁵⁶⁶.

Así, para la doctrina española el criterio relevante para calificar el contrato como “de obra” o “compraventa” *no es el de quién es el que*

⁵⁶⁴ Sobre esta forma de ver las cosas, valga lo dicho *supra* [9] (en relación con el Derecho romano); *supra* [34] (en relación con la doctrina de DOMAT y de POTHIER) y *supra* [46] (en relación con la solución adoptada en el *Code civil* de 1804).

En relación con esta posible calificación del contrato *como compraventa*, creo de interés destacar la opinión de GARCÍA GOYENA: “[e]n este caso [cuando el que realiza la obra se ha obligado a poner el material] *el contrato, más bien que arriendo, es venta*. El operario o destajista se obliga a entregar por el precio convenido un todo y una cosa entera que ha de resultar del material y trabajo reunidos” [GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, t. 3, p. 482 (a propósito del art. 1530.1 del PCC de 1851); cursivas añadidas]. El art. 1530.1 PCC de 1851 señalaba: “*Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla*”. Como se ve, corresponde exactamente al tenor del actual art. 1589 CC.

⁵⁶⁵ En este sentido, por ejemplo, ORTEGA DOMÉNECH, J., *El contrato de obra en la jurisprudencia*, editorial Reus, Madrid, 2007, p. 42.

⁵⁶⁶ En este sentido, por ejemplo, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. 2, v. 2, p. 442; y LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, t. 2, v. 2, pp.176-177.

aporte los materiales, sino que es la voluntad de las partes. La distinta calificación del contrato dependerá de la preeminencia que las partes den, en el caso particular, a la obligación de “hacer” (la actividad de confección del bien) o a la obligación de “dar” (la entrega del bien confeccionado)⁵⁶⁷.

En el caso de que la *voluntad de las partes no se haya expresado de forma clara*, la doctrina propone acudir a ciertos elementos de juicio para determinar cuál prestación ha de considerarse preeminente (si la de hacer o la de dar), entre ellos: la prevalencia (objetiva) del valor de la prestación del trabajo o del material; la fungibilidad (objetiva) del objeto debido⁵⁶⁸; el hecho de que la fabricación o producción de la cosa pueda considerarse dentro de la esfera contractual⁵⁶⁹; la independencia del artífice en la toma de

⁵⁶⁷ Cfr. DÍAZ-REGAÑÓN (2009) p. 1838. Las palabras de DE DIEGO expresan con claridad este punto: “[s]i [las partes] miraron al celebrar el contrato solamente un objeto por entregar en día determinado, sin considerar para nada el trabajo de una de las partes, el contrato será de venta; pero cuando una de las partes aceptó el encargo de ejecutar la obra sobre la base de un diseño o modelo, es decir, cuando las partes miraron al trabajo que personalmente o por medio de otro había de poner una de ellas en la obra, entonces habrá locación de obra” (*Instituciones*, pp. 323-324).

⁵⁶⁸ Sobre este criterio, véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. 2, v. 2, pp. 441-442, quien dice basar tal solución en el criterio adoptado por el BGB antes de la reforma de 2002.

⁵⁶⁹ Sobre este criterio, véase GONZÁLEZ POVEDA, “Comentario del art. 1588” en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.) *Comentario del Código civil*, Bosch, Barcelona, t. 8, pp. 145-146, quien dice recoger la posición de SANTOS BRIZ, e indica como diferencias: a) la compraventa da lugar a la transmisión de bienes, mientras que el contrato de obra se concibe como una forma de ayuda o asistencia para la elaboración o producción de bienes; por tanto, existe contrato de obra si la cosa ha de ser elaborada en virtud de la perfección del contrato; b) la obra objeto del contrato de ejecución de obra recibe un carácter específico; cuando se trata en cambio de cosa fungible, el contrato será generalmente compraventa; c) objeto de la compraventa es la transmisión del dominio de una cosa ya fabricada, radicando fuera de la esfera contractual la fabricación o producción de la cosa, mientras que en el contrato de obra, su objeto es la fabricación o producción de la cosa, teniendo en cuenta las especiales necesidades o conveniencias del comitente.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

decisiones técnicas y económicas; o la distribución de los riesgos entre las partes⁵⁷⁰.

Ahora bien, creo que es posible afirmar que la *relevancia práctica* de este problema de calificación es más bien relativa, en el sentido de que se trata de un problema de calificación que se plantea en un supuesto muy específico: el contrato en virtud del cual el deudor se obliga a confeccionar un *bien material*⁵⁷¹, *mueble*⁵⁷² y, por la incidencia de la trasposición de la Directiva 1999/44/CE, *fuera del ámbito de una relación de consumo*⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Cabe recordar que, en el contrato de compraventa, el riesgo de pérdida o daño de la cosa vendida, si es cosa determinada, recae en el comprador, aún antes de que se haya hecho la entrega (art. 1452 CC). En el contrato de obra, si es el propio artífice quien aporta el material necesario para la obra, entonces es él quien soporta el riesgo de pérdida o deterioro antes de la entrega, salvo mora en la recepción (art. 1589 CC). Sobre ello véase, por ejemplo, Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v. 2, t. 2 (*Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*), 10ª ed., Madrid, 2012, pp. 145-146.

⁵⁷¹ En efecto, en la medida que el problema de calificación entre el contrato de obra y la compraventa se aborda desde la pregunta por la incidencia que tiene *el aporte de los materiales* por parte del deudor, este problema se limita, *lógicamente*, a los contratos que tienen por objeto la confección de bienes *materiales* (un bien inmaterial, por definición, no tiene materia). Esta aproximación permite preguntarse si la calificación de un contrato como “contrato de obra” (o en sentido amplio, como un servicio) es razonable si la actividad del deudor está orientada a obtener un *bien inmaterial* (por ejemplo, realizar un diseño). En la medida en que el proceso de producción de dicho bien inmaterial (el diseño) es controlado únicamente por el deudor, y el interés del acreedor es adquirir los derechos (de propiedad) sobre el bien inmaterial producido, ¿no es más razonable considerar el contrato como una compraventa (de cosa que ha de producirse)?

⁵⁷² Es indiscutible que el contrato de edificación (construcción de bien inmueble) es siempre un contrato de obra en la medida que el constructor no construye sobre terrenos propios.

⁵⁷³ La Directiva 1999/44/CE fue inicialmente traspuesta al ordenamiento español por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE n. 165 de 11/7/2003). La Ley 23/2003 fue derogada y reemplazada por el TRLGDCU. El art. 115.1 del TRLGDCU (*Ámbito de aplicación*) dispone: “Están incluidos en el ámbito

Además, hay que considerar que la distinta calificación de un contrato dado, como compraventa u obra, interesa en cuanto de ello derive la aplicación de reglas diferentes. Según SALVADOR CODERCH, habría que destacar al menos *dos aspectos* en que la regulación de la compraventa difiere de la del contrato de obra. El primero de esos aspectos, es que la responsabilidad contractual del contratista *ex art.* 1591 CC no coincide ni en su contenido, ni en su duración, con la del vendedor *ex art.* 1461 CC y sus concordantes. El segundo aspecto, es que la facultad de desistimiento del dueño de la obra del art. 1594 CC no tiene paralelo en ninguna facultad semejante del comprador⁵⁷⁴. En mi opinión, sin embargo, *la relevancia de estos dos aspectos es, al menos, discutible.*

de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse” (destacado añadido).

⁵⁷⁴ Cfr. SALVADOR (1993) p. 1179. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MORATA, F., “Comentario del art. 1588” en BERCOVITZ, R. (coord.) *Comentarios al Código civil*, 3.ª ed., Aranzadi, 2009, p. 1839.

Hay, desde luego, algunas *otras diferencias* en las reglas dadas para uno y otro contrato, cuyo alcance habría que analizar más detenidamente a fin de determinar en qué medida puede ser relevante la calificación del contrato como *compraventa* o como *contrato de obra* en el contexto del Derecho civil español. En este sentido, SOLÉ RESINA, por ejemplo, ha puesto de relieve que –además de las diferencias apuntadas por SALVADOR CODERCH– la calificación de un contrato dado (de compraventa u obra) sería trascendental debido a las siguientes diferencias: *i)* por la existencia en el contrato de obra existencia de una acción directa que se reconoce a los obreros y proveedores de materiales contra el que encargó la obra, acción que no tienen contra el comprador [art. 1597 CC]; *ii)* por el régimen de prohibiciones que el art. 1459 CC impone en materia de venta, inexistente en contrato de obra; *iii)* por la distinta solución en caso no pago del precio, que en la compraventa libera al vendedor de entregar la cosa (art. 1466 CC), mientras que en el contrato de obra se otorga al contratista un derecho de retención (art. 1600); y la posibilidad del retracto en la compraventa, imposible en el contrato de ejecución de obra (cfr. SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras, delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 96 y 97). Al menos a primera vista, las mentadas diferencias no parecen ser muy importantes. Es cierto, por ejemplo, que en el caso de no pago del

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

i. En lo que respecta al argumento de que la responsabilidad del contratista del art. 1591 CC no coincide con la del vendedor, hay que considerar que el supuesto del artículo 1591 CC *es la construcción de un inmueble* ⁵⁷⁵, y respecto del contrato de edificación no se suscitan dudas de calificación entre obra y compraventa (pues, se califica siempre de obra, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones). Y esto, además, sin perjuicio que desde la entrada en vigor de la LOE en el año 2000 ⁵⁷⁶, un sector mayoritario de la doctrina entiende que el art. 1591.I CC está tácitamente derogado, habiendo sido reemplazado por lo dispuesto en los artículos 17 y 18 LOE ⁵⁷⁷.

precio, la solución es *teóricamente distinta* en el contrato de compraventa (que establece un derecho del vendedor a suspender la entrega del bien vendido, “*no estará obligado a entregar*” dice el art. 1466 CC) y en el obra (que establece un derecho legal de retención, tratándose de cosas muebles, “*tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague*”, dice el art. 1566 CC). Pero, en mi opinión, esta diferencia no resulta demasiado importante, pues, en la práctica, ambos derechos (derecho a no entregar, y derecho a retener, respectivamente) cumplen un rol que puede considerarse *funcionalmente equivalente*: mientras el deudor (comprador o dueño de la obra, según el caso) no pague el precio, el acreedor de la obligación de pago del precio (el vendedor o el contratista, según el caso) no tiene que cumplir con su propia obligación (de entregar o de restituir, según el caso). Por otro lado, otras de las diferencias apuntadas por SOLÉ RESINA (que lo son efectivamente, como el hecho de que exista una acción directa que se reconoce a los obreros y proveedores de material, en el contrato de obra, acción que no existe en materia de compraventa), no son importantes en relación con la calificación del contrato en el sentido de que *no afectan directamente la relación contractual entre las partes*.

⁵⁷⁵ Art. 1591 CC: “*El contratista de un edificio que se arruine por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección./ [...]*”.

⁵⁷⁶ BOE n. 266 de 06/11/1999.

⁵⁷⁷ Como se sabe, el art. 17 LOE regula, en extenso, la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. El art. 18 LOE, por su parte, establece como plazo para ejercer las correspondientes acciones, el de dos años,

ii. En lo que respecta al *derecho de desistimiento ex art. 1594 CC*⁵⁷⁸, es cierto que no existe en la regulación de la compraventa del Código civil una norma similar que permita al comprador (de un bien que el vendedor debe construir) poner término al contrato de venta⁵⁷⁹. Sin embargo, como el ejercicio del derecho al

contados desde momentos distintos, según se trate de acciones de responsabilidad o de repetición. Existe, por tanto, cierta superposición entre el contenido de estas normas, y el contenido del art. 1591 CC. Ello planteó un problema sobre la vigencia del art. 1591, puesto que era posible entender que los arts. 17 y 18 LOE derogaban tácitamente el art. 1591 CC dividió a la doctrina española. Según GÓMEZ PERALS, “[l]a mayoría de la doctrina se muestra partidaria de la derogación tácita de este precepto en virtud de la disposición derogatoria primera de la LOE, como resulta también ex art. 2.2 Cc, al ser ley posterior sobre la misma materia y considerarse incompatible su contenido con el del citado precepto” (GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 333; con cita de los diferentes autores que apoyan esta posición; cursivas añadidas). En el mismo sentido, más recientemente, GARCÍA MUÑOZ señala: “una minoría doctrinal sostiene que el art. 1591 CC no ha sido derogado y permanece todavía vigente para los supuestos de construcciones no comprendidas en el ámbito de aplicación de la LOE [...] [a]unque en la misma línea defensora de la no derogación, otros consideran que la vigencia del precepto del Código civil se justifica para daños no cubiertos por la LOE [...] la opinión más difundida, en cambio [...] [entiende] que la LOE implica una derogación tácita del régimen de garantía del primer párrafo del art. 1591 CC” [GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil de los arquitectos superiores y técnicos en la construcción de la obra privada*, 2.ª ed., Atelier, Barcelona, 2012, pp. 34-35 (cursivas añadidas), con cita a los autores que apoyan una y otra postura].

⁵⁷⁸ Art. 1594 CC: “El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”.

⁵⁷⁹ En la doctrina, este derecho de desistimiento del art. 1594 CC –que sólo se reconoce al dueño de la obra, y no al artífice– se justifica en varias razones. Entre esas razones, se dice que se justifica porque la obra podría ya no serle útil ni necesaria, y porque se quiere evitar el potencial perjuicio económico que implicaría para el dueño de la obra continuar con el contrato, en caso que los gastos sean extremadamente grandes. En este sentido, por ejemplo, se manifiesta RODRÍGUEZ GUTIÁN, quien señala que el art. 1594 CC “encuentra su precedente en el artículo 1793 del Código francés de 1804” y que este derecho de desistimiento se justifica puesto que “de continuar con la ejecución de la obra [el comitente] correría el peligro de arruinarse con gastos extremadamente grandes” [(2001) pp. 700-701]. La referencia que hace esta autora al art. 1793 *Code civil* sin duda es una errata, pues el artículo correspondiente es el 1794 *Code civil* (“Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l’ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l’entrepreneur de toutes ses dépenses,

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

desistimiento *ex art.* 1594 CC no priva al artífice de obtener el beneficio del contrato (puesto que el dueño de la obra debe indemnizar al contratista todos los gastos y *toda utilidad que pudiera obtener de ella*), resulta que el desistimiento por parte del cliente (dueño de la obra) *no es* teóricamente muy diferente, al menos desde el punto de vista de la responsabilidad, al supuesto de un comprador de un bien que luego no quiere cumplir con sus obligaciones⁵⁸⁰.

[175] *En conclusión*, considerando lo dicho en los párrafos a) y b) precedentes, creo que la lógica que sigue el DCFR –y que está también presente en otros textos relativos a la compraventa– es que, en la

de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise). Esta explicación es la misma que da GARCÍA GOYENA al comentar el art. 1530 del PCC de 1851 (que corresponde al art. 1594 CC): se pretende “evita[r] que el propietario, cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos imprevistos se arruine con gastos en extremo [*sic*] dispendiosos” (*Concordancias*, t. 3, p. 486). También se ha sugerido que el fundamento del derecho de desistimiento se encuentra en que la ley *presupone una relación de confianza entre las partes* [*cfr.* MUÑOZ GARCÍA, C., Particularidades del desestimiento en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y derecho administrativo”, *Diario La Ley*, n. 6814, año 28 (6.11.2007), ref. D-235 (p. 1015)], justificación que es descartada por RODRÍGUEZ GUTIÁN, “[porque si así fuera] tendría que haber[se] [...] reconocido este derecho [...] también al constructor” (*ibíd.*, p. 701).

⁵⁸⁰ En este sentido, comparto la apreciación de que, como debe indemnizarse el interés positivo, “este derecho de desistimiento (*ad nutum*) es concebido por el legislador, en este caso y a efectos indemnizatorios, como un supuesto de incumplimiento imputable al dueño de la obra, al que por ello obliga a indemnizar como lo haría un deudor que incumple culposamente sus obligaciones contractuales” [GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (especial estudio del derecho de desistimiento)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 57-60; la cita textual en p. 59].

No obstante, puede ser justificado reconocer *un derecho* al desistimiento, desde otro punto de vista: para impedir que el prestador del servicio (contratista) pretenda insistir en la ejecución del servicio (remedio del cumplimiento específico), incluso en contra de la voluntad del cliente (dueño de la obra). Sobre ello, a propósito del reconocimiento del derecho al desistimiento en el modelo de los *service contracts* del DCFR, véase *infra* [181].

medida en que el deudor deba *transferir al acreedor la propiedad de un bien fabricado o construido*, el contenido de esta obligación del deudor (que es obligación *de dar en sentido estricto*) coincide con la finalidad económica que buscan las partes al momento de celebrar el contrato, y en consecuencia, el cumplimiento por parte del deudor *satisface el interés primario del acreedor* (cliente), que es precisamente adquirir la propiedad de dicho bien. Por lo tanto, se justifica que estos contratos sean calificados (se les aplique el régimen) de compraventa, que es el instrumento jurídico modelo para el *intercambio de un bien por un precio*. Ello permite, a la vez, avanzar un paso en la definición del servicio como objeto de contratación: *la producción de un bien, cuya propiedad deba transferirse, no es un servicio*.

Como se ha dicho, ni la PCM ni el BAS contemplan reglas sobre los contratos mixtos.

En la PCM, el contrato de confección de una cosa (mueble o inmueble) se califica como *contrato de obra por empresa*, y el art. 521-2 PCM pone de cargo del contratista los medios y los materiales necesarios⁵⁸¹. No hay ninguna regla dentro de la regulación de los contratos de obra que se remita a la regulación de la compraventa. Y dentro de la regulación del contrato de compraventa (art. 511-1 y ss. PCM) no hay ninguna norma relativa a la venta de bienes que hayan de confeccionarse.

⁵⁸¹ Art. 521-2 PCM: “Para realizar la obra el contratista pondrá los medios y los materiales necesarios, que deberán ser de la calidad adecuada. Si los materiales fueran suministrados por el comitente y presentasen vicios o defectos se estará a lo dispuesto sobre la obligación del comitente de subsanar los defectos de los materiales”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Como ya se ha dicho, en el BAS se admite que sea el propio prestador del servicio quien suministre los materiales, caso en el cual responde de su calidad (*supra* nota 503).

V. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE HACER: LA NOCIÓN DE “SERVICIO” QUE ESTÁ EN LA BASE DE LA REGULACIÓN DE LOS *SERVICE CONTRACTS*, A PARTIR DE UN EXAMEN DEL RÉGIMEN GENERAL

[176] Como antes se ha dicho –*supra* [131]– el modelo de los *service contracts* del DCFR da cobijo a contratos que tienen diversas finalidades prácticas y económicas, contratos que van desde la construcción de un inmueble hasta la realización de un tratamiento médico. En todos los casos, como se ha señalado, el deudor (el prestador o el proveedor del servicio) asume una obligación principal que consiste en un hacer, pero, es evidente que el contenido específico de esa obligación de hacer varía en cada caso. La pregunta que esto plantea es, ¿qué elementos tienen en común esos contratos que permite tratarlos dentro de la misma categoría? O, dicho de otro modo ¿cuál es la noción de “servicio” sobre la cual es posible agrupar todas esas actividades?

En mi opinión, creo posible afirmar que en el modelo del DCFR, el “servicio” se concibe como un *proceso* (desarrollo de una actividad) *orientado a alcanzar un determinado resultado, cuya consecución requiere un importante grado de colaboración entre los contratantes*. En este sentido, cabe destacar que los propios miembros del TWT consideraron que el punto más importante con el que una regulación de

los contratos de servicios tiene que lidiar, es con el problema de determinar cuál de las partes es responsable en caso de que el *proceso del servicio* termine en un resultado insatisfactorio, no tenga la calidad adecuada, demore más tiempo del debido, o suponga costos extras. Las causas de todo eso pueden ser muchas y muy diversas: por ejemplo, el uso de materiales o herramientas defectuosas, una ejecución poco diligente, etc. El TWT llegó a la convicción de que, en definitiva, todas ellas son el resultado de decisiones inadecuadas⁵⁸². JANSEN señala que “la causa de estos problemas suele encontrarse en la forma en que se comportan las partes en el curso del proceso de ejecución del servicio”⁵⁸³. Es por ello que “las reglas relativas a los contratos de servicios no sólo deben tratar la simple atribución de responsabilidad a una de las partes por un servicio insatisfactorio [...] deben también estimular tanto al proveedor del servicio como al cliente a *contribuir* a un proceso de intercambio de ayuda e información”⁵⁸⁴.

Dicho en otros términos, en el modelo del DCFR, el servicio *no se mira como un bien o como un producto* que el prestador entrega al cliente, o que el cliente puede adquirir. Y la regulación común –la parte general de los *service contracts* del DCFR– plasma esta concepción. En efecto, a partir de esa regulación es posible afirmar que: *i)* el servicio puede requerir la ejecución “personal” de la obligación (o sea, puede ser configurado como una obligación personalísima); *ii)* el objeto de la obligación de hacer (el servicio) está adaptado –y en cierta medida

⁵⁸² Cfr. comment A del Chapter 1 (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 131).

⁵⁸³ Cfr. JANSEN (2010) p. 52 y ss.

⁵⁸⁴ Cfr. comment A del Chapter 1 (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 132).

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

condicionado– a las necesidades del cliente; *iii*) la ejecución del servicio requiere colaboración entre las partes y supone una posición activa por parte del cliente; y *iv*) la satisfacción del interés primario del cliente no siempre está garantizada por el prestador del servicio. A continuación, desgloso lo anterior.

1. EL SERVICIO PUEDE CONSISTIR, O NO, EN UNA OBLIGACIÓN DE HACER PERSONALÍSIMA

[177] En el modelo del DCFR, el carácter personalísimo, o no, que el servicio puede tener, se manifiesta en el derecho del prestador a subcontratar. La regla viene establecida en el art. IV.C.-2:104(1) DCFR (*Subcontractors, tools and materials*): *“The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is required by the contract”*.

Me parece importante destacar que la regla del art. IV.C.-2:104(1) DCFR no pretende establecer *a priori* una presunción o regla general sobre el carácter personalísimo, o no, de los servicios. El giro “requerido por el contrato” (*“required by the contract”*) no debe ser interpretado como una exigencia de que las partes lo hayan expresamente pactado, sino que debe interpretarse en el sentido de que el prestador del servicio no puede subcontratar si la ejecución personalísima es “de la esencia del

contrato”, cuestión que depende de las circunstancias del caso, y que corresponde determinar a los tribunales ⁵⁸⁵.

Aun cuando la regla general es que se deja a los tribunales la determinación del carácter personalísimo o no del contrato de servicio, hay una regla especial en el caso del contrato de *storage* (depósito), que establece expresamente que el contrato “*requiere la ejecución personal*”, y por tanto, la posibilidad de subcontratación requiere, necesariamente, el consentimiento del cliente [art. IV.C.-5:102(2) DCFR (*Storage place and subcontractors*)] ⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ La redacción de este artículo del DCFR supone un cambio en relación con el art. 1:106(1) PEL SC (*Duties of the Service Provider regarding Input*): “*The service provider may subcontract the performance of the service in whole or in part without the client’s consent, unless personal performance is of the essence of the contract*” (destacado añadido). Sin embargo, este cambio de redacción no afecta el espíritu de la regla, como demuestran los comentarios del DCFR, que, en este punto, reproducen los contenidos en los PEL SC. En el *comment A* del art. IV.C.-2:104 DCFR se señala que determinar “si el contrato *requiere o no* la ejecución personal *depende de las circunstancias del caso, y se deja a los tribunales su determinación*” [cfr. VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1636; e igual –pero con la expresión “de la esencia del contrato– en el *comment A* del art. 1:106 PEL SC (BARENDRECHT *et al.*, *PEL SC*, p. 202)].

⁵⁸⁶ Art. IV.C.-5:102(2) DCFR: “*The storer may not subcontract the performance of the service without the client’s consent*”. La regla reproduce el art. 4:104(2) PEL SC (*Duties of the Storer regarding Input*).

Del *comment D* del art. IV.C.-5:102 DCFR se deduce que existen varias razones que justifican esta regla. Una razón es que tradicionalmente se ha entendido que el contrato de depósito se basa en la confianza, lo que determina su carácter personal, argumento que, sin embargo, se dice, ha perdido fuerza en la actualidad [*“is no longer a convincing argument”*]. Las otras dos razones son que el cliente debe saber en todo momento donde están las cosas depositadas, debido a que puede necesitar acceder a ellas en cualquier momento; por último, se dice que es posible que el seguro contratado por el cliente no cubra el sub-depósito. Se sugiere que es posible aceptar como excepción el caso en que, debido a una emergencia, sea preciso subcontratar, para salvaguardar los intereses del cliente [cfr. VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1804; aquí se reproduce, sin modificaciones, el *comment D* del art. 4:104 PEL SC (cfr. BARENDRECHT *et al.*, *PEL SC*, pp. 535-536)].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Por tanto, en la medida en que el contrato no requiera la ejecución personal del deudor, y salvo regla especial en contrario, *el proveedor del servicio puede subcontratar*. Y en tal caso, el art. IV.C.-2:104(2) DCFR establece: “*Any subcontractor so engaged by the service provider must be of adequate competence*”⁵⁸⁷. Vinculado con esto, el art IV.C.-2:104(3) DCFR establece que, de acuerdo con las reglas generales, el prestador del servicio que subcontrata permanece responsable frente al cliente⁵⁸⁸.

- i. El art. 150 CESL (*Cumplimiento por un tercero*) reconoce la facultad del prestador del *servicio relacionado* para subcontratar, salvo que se requiera el *cumplimiento personal* del prestador del servicio. En tal caso, éste permanece responsable ante el cliente ⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Regla que reproduce el art. 1:106(2) PEL SC.

⁵⁸⁸ El artículo IV.C.-2:104(3) DCFR se remite aquí al art. III.-2:106 DCFR (*Performance entrusted to another*): “*A debtor who entrusts performance of an obligation to another person remains responsible for performance*” [cfr. art. 8:107 PECL (*Performance Entrusted to Another*)].

⁵⁸⁹ Art. 150 CESL [que se encuentra en la Sección 2 (*Obligaciones del prestador del servicio*) del Capítulo 15 (*Obligaciones y remedios de las partes*) de la Part V del CESL (*Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados*)] dispone: “1. *El prestador del servicio podrá encomendar el cumplimiento a otra persona, salvo que se requiera el cumplimiento personal del prestador del servicio./ 2. Cuando un prestador del servicio encomiende el cumplimiento a otra persona seguirá siendo responsable de dicho cumplimiento./ 3. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor las partes no podrán excluir la aplicación del apartado 2, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor*”. Nótese que la expresión en inglés es idéntica a la que utiliza el art. IV.C.-2:104 (1) DCFR: “*unless personal performance [...] is required*”.

El art. 150 CESL reproduce el contenido del art. 92 CESL (*Cumplimiento por un tercero*), que se ubica en la Sección 1 (*Disposiciones generales*) del Capítulo 10 (*Obligaciones del vendedor*): “1. *El vendedor podrá encomendar el cumplimiento a otra persona, salvo que en las cláusulas contractuales se requiera el cumplimiento personal del vendedor./ 2. Cuando un vendedor encomiende el cumplimiento a otra persona seguirá siendo responsable de dicho cumplimiento./ 3. En las relaciones entre un*

ii. La PCM se refiere también al derecho del prestador del servicio para subcontratar. Regula este derecho en el marco del contrato de obra por empresa [art. 522-6 PCM (*Facultad de subcontratar la obra*)⁵⁹⁰ y art. 522-7 PCM (*Responsabilidad en caso de subcontratación*)⁵⁹¹], y también dentro de las reglas de los

comerciante y un consumidor las partes no podrán excluir la aplicación del apartado 2, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”.

En relación con ello, ZOLL señala: “[d]espite the difference in wording between arts 92(1) and 150(1), the performance cannot be entrusted to another person if, due to the *nature of the contract*, personal performance is required. It could be also the case if the goods are to be manufacture and production of these goods will be personally undertaken by the seller. In such cases, the duty of personal performance should at least be seen as an effect of the implied term” [ZOLL, F., “Art. 92”, en SCHULZE (dir.) *CESL commentary*, p. 438 (*comment B*); las cursivas son negritas en el original.

Como sugieren ZOLL/WATSON, “[t]he repetition of the content of art. 92 in the context of related services could be avoided through *better drafting and structuring* of the provisions in the CESL (P)” [“Art. 150”, en SCHULZE (dir.) *CESL commentary*, p. 622 (*comment B*)].

⁵⁹⁰ Artículo 522-6 PCM: “1. El contratista podrá subcontratar con terceros o valerse de otras personas para realizar la obra, salvo pacto en contrario o cuando de las circunstancias o de la naturaleza de la obra se deduzca otra cosa. En particular, y salvo autorización del comitente de la obra, no se podrá subcontratar con terceros cuando la prestación del contratista consista fundamentalmente en una actividad, manual, intelectual o de otro tipo, determinada en atención a las cualidades de éste. La subcontratación podrá referirse a la totalidad o a una o varias partes de la obra, sin que en ningún caso el contratista pueda subcontratarla íntegramente con un único subcontratista. Los subcontratistas podrán subcontratar parcialmente la ejecución de la obra encomendada, pero los segundos subcontratistas no podrán realizar ulteriores subcontrataciones./ 2. El contratista y, en su caso, los subcontratistas, deberán poner en conocimiento del comitente de la obra la subcontratación de ésta, facilitando los datos que permitan identificar a los subcontratistas”.

⁵⁹¹ Art. 522-7 PCM: “El contratista responderá frente al comitente de la obra aunque para realizarla subcontrate con terceros o se valga de otras personas, sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponderle frente a ellos./ El subcontratista y quienes desempeñen su trabajo o suministren los materiales para una obra tendrán acción directa contra el comitente de ella hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se haga la reclamación. El pago hecho por el comitente no podrá ser tachado de indebido por el contratista si hubiere tenido conocimiento de él y no se hubiere opuesto fundadamente”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

contratos de prestación de servicios mercantiles en general [art. 531-4 (*Sustitución del prestador del servicio*)⁵⁹²].

En materia de depósito mercantil (contrato que, como se ha dicho, se regula en forma separada de los *de obra* y de los *de servicios*), se indica que el depositario no puede subcontratar, salvo autorización del depositante [art. 551-15 (*Sustitución del depositario*)⁵⁹³].

iii. El BAS sigue, también en este punto, el modelo del DCFR, regulando la subcontratación, en los contratos de servicio, en términos muy similares [art. 6.1 (*Subcontratación*)⁵⁹⁴].

Sobre el punto, en la Exp. de motiv. se dice: “[...] razones de orden sistemático han aconsejado incorporar a la Sección dedicada a las obligaciones del contratista la regulación del subcontrato total o parcial de la obra, estableciéndose como novedad la facultad del contratista, e incluso del primer subcontratista, de subcontratar la obra salvo pacto en contrario, aunque con ciertas limitaciones, como es la prohibición de subcontratación íntegra con un único subcontratista o la prohibición de subcontratar con terceros cuando la ejecución de la obra implique una prestación determinada en el contrato en atención a las cualidades del contratista” [VI-67].

⁵⁹² Artículo 531-4 (*Sustitución del prestador del servicio*): “El prestador de los servicios se obliga a desarrollar la actividad objeto del contrato por sí mismo o por medio de sus dependientes. La autorización a subcontratar total o parcialmente la realización de la actividad objeto del contrato no exime al prestador del servicio de su responsabilidad frente al ordenante”.

Sobre el punto, en la Exp. de motiv. de la PCM se dice: “[se hace] especial referencia a la circunstancia, muy común en el tráfico, de subcontratación total o parcial de la actividad objeto del contrato, para establecer que la existencia de autorización para subcontratar no exime al prestador del servicio de su responsabilidad frente al ordenante” (VI-73).

⁵⁹³ Art. 551-15 PCM “Artículo 551-15: “1. El depositario no podrá entregar a un tercero para su custodia los bienes depositados y si lo hiciere responderá de los daños y perjuicios que se irrogaren al depositante./ 2. En caso de que el depositante autorizara la delegación a un tercero, el depositario sólo responderá de la elección del sustituto”.

⁵⁹⁴ Art. 6.1 (1.586 CC) BAS: “1. El prestador del servicio puede subcontratar la ejecución total o parcial de la prestación, salvo que otra cosa resulte del contrato o que el contrato se hubiera celebrado en consideración a su persona./ 2. El subcontratista elegido por el

2. EL SERVICIO ESTÁ ADAPTADO, Y SU EJECUCIÓN CONDICIONADA, A LAS NECESIDADES Y LOS DESEOS DEL CLIENTE

[178] Otra de las características que puede observarse en un examen global de la regulación de los *service contracts* del DCFR, es que el objeto de la prestación del proveedor (el “servicio”) está adaptado, y en cierta medida condicionado, a las necesidades del cliente. Varias reglas ponen de relieve este aspecto, entre ellas, las que siguen.

a) Se impone al prestador del servicio un deber de seguir las instrucciones del cliente

[179] El art. IV.C.-2:107 DCFR (*Directions of the client*) establece que el prestador del servicio debe seguir las instrucciones del cliente. Como es lógico, el prestador del servicio debe seguir las instrucciones del cliente cuando dichas instrucciones hayan sido establecidas como parte del contrato [art. IV.C.-2:107(1)(a) DCFR], y también cuando sean resultado de elecciones que, por el contrato, correspondan al cliente

prestador del servicio debe tener la pericia necesaria conforme al contrato./ 3. El prestador del servicio responderá del trabajo ejecutado por el subcontratista y las demás personas que hayan intervenido en la prestación [salvo que el subcontratista hubiera sido designado por el cliente].

Comentando el artículo, ESCARTÍN IPIÉNS señala: “[l]a complejidad de los servicios exige por parte del prestador la organización interna personal e instrumental requerida para su ejecución en cualquier tipo de actividad; y su externalización a través de subcontratistas es un procedimiento normal de ejecución. El *intuitu personae* queda relegado a lo excepcional; prácticamente sería el caso del pintor o artista que trabaje solo y poco más. Un profesional trabaja en el entorno de su organización. No obstante el interés legítimo de un cliente en ser atendido personalmente por el prestador del servicio en el que confía también debe ser digno de protección” [(2012) p. 646; cursivas del original].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[art. IV.C.-2:107(1)(b) DCFR]. Pero además, el prestador del servicio debe seguir las instrucciones cuando se trate de elecciones que inicialmente quedaron abiertas para las partes [art. IV.C.-2:107(1)(c) DCFR], de modo que *se reconoce una posición preeminente del cliente sobre la forma en que se desarrolla el servicio*⁵⁹⁵. Es más, el prestador del servicio debe seguir las instrucciones *incluso si ellas puedan tener como consecuencia la falta de ejecución de alguna de sus obligaciones*. En este caso, el prestador del servicio no será responsable de tal falta de ejecución *siempre que haya advertido de ese riesgo al cliente, al momento de recibir dichas instrucciones* [art. IV.C.-2:107(2) DCFR]⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Art. IV.C.-2:107 (1) DCFR: “(1) *The service provider must follow all timely directions of the client regarding the performance of the service, provided that the directions: / (a) are part of the contract itself or are specified in any document to which the contract refers; or / (b) result from the realisation of choices left to the client by the contract; or / (c) result from the realisation of choices initially left open by the parties [...]*” [el art. es reflejo del art. 1:109 PEL SC (*Directions of the Client*)].

La aplicación de esta regla requiere que las instrucciones del cliente sean razonables y oportunas, cuestión que queda a la determinación de los tribunales. Sólo se señala, como criterio, que debe tenerse en consideración lo que ya se ha hecho por el prestador del servicio [cfr. *comment A* del art. IV.C.-2:107; DCFR, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1661; igual en el *comment A* del art. 1:109 PEL SC; BARENDRECHT *et al.*, *PEL SC*, p. 236].

⁵⁹⁶ Art. IV.C.-2:107(2) DCFR “*If non-performance of one or more of the obligations of the service provider under IV.C.-2:105 (Obligation of skill and care) or IV.C.-2:106 (Obligation to achieve result) is the consequence of following a direction which the service provider is obliged to follow under paragraph (1), the service provider is not liable under those Articles, provided that the client was duly warned under IV.C. -2:108 (Contractual obligation of the service provider to warn)*”.

Como se puede apreciar, para que el prestador del servicio no resulte responsable es necesario que haya cumplido con el deber que se le impone de avisar al cliente de los riesgos que existen al seguir sus instrucciones. Fuera de esta obligación de advertencia, que se genera *durante el desarrollo del servicio*, el modelo de los *service contracts* del DCFR impone al prestador del servicio, y también al cliente, una serie de deberes precontractuales de advertencia (sobre ello, véase *infra* [183]).

- i. En el CESL no hay una norma similar, que imponga al prestador del servicio relacionado un deber u obligación de seguir las instrucciones del cliente.
- ii. La PCM establece el deber del contratista de seguir las instrucciones del cliente (comitente) en el contrato de obra por empresa [art. 522-3 (*Instrucciones del comitente de la obra*)⁵⁹⁷]; y también impone este deber para el prestador del servicio en el contrato de prestación de servicios mercantiles, pero siempre que ello no suponga un cambio en el servicio [art. 531-2.2 (*Obligaciones del prestador del servicio*)⁵⁹⁸].
- iii. También el BAS regula esta obligación del prestador del servicio, siguiendo muy de cerca, una vez más, el texto del DCFR [en el propuesto art. 1589 CC (*Instrucciones del cliente*)⁵⁹⁹].

⁵⁹⁷ Art. 522-3 PCM: “El contratista deberá realizar la obra con arreglo a las instrucciones razonables del comitente de ésta, siempre que no constituyan un obstáculo para la mejor realización del encargo o una intromisión en el ámbito de su profesión, arte u oficio”.

⁵⁹⁸ Art. 531-2.2 PCM: “Asimismo [el prestador del servicio] deberá desarrollar su actividad conforme a las instrucciones razonables recibidas del ordenante, con tal de que no supongan una variación de la prestación convenida o una intromisión en el ámbito de su profesión, oficio o arte”.

⁵⁹⁹ Art. 9 (art. 1.589 CC) BAS: “1. El prestador del servicio deberá atenerse a las instrucciones del cliente dadas en tiempo oportuno en ejercicio de facultades que el contrato le confiera, o que tengan por objeto concretar modalidades de ejecución que hubieran quedado abiertas entre las inicialmente pactadas./ 2. El prestador del servicio no es responsable del incumplimiento contractual derivado del seguimiento de las instrucciones del cliente, siempre que le hubiera advertido debidamente de los riesgos que tales instrucciones comportaban./ 3. Si el prestador del servicio estimare que alguna de las instrucciones del cliente constituye una modificación del contrato que no exceda de las permitidas unilateralmente por el art. 10 (1590 PCGC), deberá comunicárselo al cliente. A no ser que el cliente retire la instrucción sin retraso injustificado, el prestador del servicio deberá ajustarse a ella, sin perjuicio de que ello pueda ser considerado una modificación del contrato”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

b) Se permite al cliente modificar unilateralmente el servicio

[180] La posibilidad de variar unilateralmente el servicio es una facultad que *se reconoce tanto al prestador del servicio como al cliente*. Según el art. IV.C.-2:109(1) DCFR (*Unilateral variation of the service contract*) cualquiera de las partes puede, notificándolo a la otra, modificar el servicio, siempre que el cambio pueda ser considerado *razonable* en atención a una serie de factores que se indican (a saber: el resultado que deba obtenerse, los intereses del cliente, los intereses del prestador del servicio y las circunstancias en el momento del cambio)⁶⁰⁰.

Ahora bien, curiosamente, el segundo apartado (2) de este mismo art. IV.C.-2:109 DCFR señala que un cambio se considera razonable *sólo* en los cuatro casos que describe a continuación en las letras a) a d) –“*[a] change is regarded as reasonable only if it is [...]*”–. Digo que esto, en mi opinión, es curioso porque, si un cambio *sólo* es razonable en esos cuatro casos que se señalan expresamente, la regla que contiene el

⁶⁰⁰ Art. IV.C.-2:109 (1) DCFR: “*Without prejudice to the client’s right to terminate under IV.C.-2:111 (Client’s right to terminate), either party may, by notice to the other party, change the service to be provided, if such a change is reasonable taking into account: / (a) the result to be achieved; / (b) the interests of the client; / (c) the interests of the service provider; and / (d) the circumstances at the time of the change*”.

La justificación de la regla es, que las obligaciones derivadas del contrato de servicio generalmente se extienden por un largo período de tiempo, y puede ocurrir que los términos del contrato no sean adecuados en un momento posterior, que surjan dificultades en la ejecución del contrato, o que los deseos y necesidades del cliente cambien. De ahí que sea adecuado permitir, bajo ciertas condiciones, que una de las partes pueda modificar unilateralmente el contrato [*cfr. comment A del art. IV.C.-2:109, VON BAR/CLIVE (eds.) DCFR full, v. 2, p. 1678*].

apartado (1) –en cuanto ofrece criterios para determinar cuando es razonable un cambio– *queda sin aplicación*. Sobre el punto, nada se dice en los comentarios oficiales del DCFR.

En los PEL SC, en cambio, *no se produce este problema*. El artículo correspondiente es el art. 1:111 PEL SC (*Variation of the Service Contract*). El apartado (1) de este artículo es similar al párrafo (1) del art. IV.C.-2:109 DCFR ⁶⁰¹. El apartado (2), en cambio, dispone que “*A change of the service is deemed to be reasonable if that change [...]*”, *sin incluir la expresión sólo o únicamente –“only”–*. Así, en los PEL SC, el apartado (2) queda bien conectado con el apartado (1): el apartado (2) ofrece ejemplos de situaciones que cumplen con los criterios de razonabilidad expresados en el apartado (1)⁶⁰².

Los casos en los que *únicamente* ha de entenderse que el cambio del servicio es razonable son, como se ha dicho, cuatro. Entre ellos, se considera como razonable el cambio que es *consecuencia de una instrucción dada por cliente* [art. IV.C.-2:109(2)(b)]⁶⁰³. En este caso, es

⁶⁰¹ Art. 1:111(1) PEL SC: “*Without prejudice to the client’s right to cancel the contract under Article 1:115, a party must accept a change of the service that is to be provided under the contract or when read with any direction under Article 1:109, if such a change is reasonable, taking into account: / (a) the result of the service that is to be achieved; / (b) the interests of the client; / (c) the interests of the service provider; and / (d) the circumstances at the time of the change of the service*”.

⁶⁰² En el *comment* A del art. 1:111 PEL SC se indica: “The test, whether a change of the contract is to be considered reasonable is deemed to be fulfilled in various situations. Most of these situations are identified in paragraph (2) of the present Article” (BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 261).

⁶⁰³ Art. IV.C.-2:109(2) DCFR: “*A change is regarded as reasonable only if it is: / [...] (b) the consequence of a direction given in accordance with paragraph (1) of IV.C.-2:107 (Directions of the client) and not revoked without undue delay after receipt of a warning in accordance with paragraph (3) of that Article*”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

necesario que el proveedor del servicio advierta al cliente, que de seguir dicha instrucción, la misma puede conducir a un cambio de circunstancias (cambio que puede justificar la necesidad de otorgar más tiempo al prestador del servicio para ejecutar el servicio, o justificar un aumento en el precio pactado)⁶⁰⁴. Si, tras haber sido advertido de estas posibles consecuencias, el cliente insiste en la instrucción que ha dado, entonces el proveedor del servicio *debe aceptar tal cambio en el servicio*. Esta es, por tanto, otra regla que demuestra que el servicio está, en parte, adaptado y condicionado a las necesidades y a los deseos del cliente.

- i. El CESL no contiene ninguna norma que autorice a las partes a modificar los términos del servicio relacionado ⁶⁰⁵.

⁶⁰⁴ Ello se desprende de lo dispuesto en el art. IV.C.-2:109(3): “Any additional price due as a result of the change has to be reasonable and is to be determined using the same methods of calculation as were used to establish the original price for the service”; y del párrafo (5) del mismo artículo: “A change of the service may lead to an adjustment of the time of performance proportionate to the extra work required in relation to the work originally required for the performance of the service and the time span determined for performance of the service”.

⁶⁰⁵ Pero el CESL sí se refiere a la incorporación de cláusulas que tienen por objeto permitir al comerciante, en un contrato B2C, modificar unilateralmente las cláusulas del contrato o las características de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios contratados. Estas cláusulas se consideran *presuntamente abusivas*, de conformidad a lo dispuesto en el art. 85 CESL (*Cláusulas contractuales presuntamente abusivas*): “A efectos de la presente sección, se presumirá que una cláusula contractual es abusiva si tiene como objeto o efecto: / [...] i) permitir al comerciante modificar las cláusulas contractuales de forma unilateral sin una razón válida contemplada por el contrato; lo anterior no afectará a las cláusulas contractuales en virtud de las cuales un comerciante se reserva el derecho a modificar unilateralmente las cláusulas de un contrato de duración indeterminada, siempre que el comerciante informe al consumidor con una antelación razonable y el consumidor esté facultado para poner fin libremente al contrato sin coste alguno para él; / j) permitir al comerciante modificar unilateralmente y sin un motivo válido cualquiera de las características de los bienes, los contenidos digitales o los servicios relacionados”. En opinión de MAZEAUD,

ii. La PCM contempla algunas reglas relativas a la posible variación o modificación unilateral del servicio por parte del cliente. El art. 526-1 PCM (*Variaciones voluntarias de la obra*), dentro de la regulación del contrato de obra por empresa, dispone: *“La introducción de variaciones en la obra requerirá el acuerdo de las partes. No obstante, el contratista deberá atenerse a las ordenadas por el comitente de la obra que, sin alterarla sustancialmente, comporten un aumento o disminución que no exceda de la décima parte del precio pactado. En este caso quedará modificado proporcionalmente el precio y, si el contratista lo pidiera, se modificará adecuadamente el plazo de ejecución de la obra”*. El art. 531-2.2 PCM (en la regulación de los contratos de servicios mercantiles), en cambio, y como ya se ha apuntado, contiene la solución contraria a la del DCFR: el prestador del servicio sólo debe seguir las instrucciones del cliente en la medida que ellas *“no supongan una variación de la prestación convenida o una intromisión en el ámbito de su profesión, oficio o arte”*.

iii. El BAS, una vez más, sigue de cerca la regulación del DCFR, en su art. 10 (propuesto art. 1590 CC) ⁶⁰⁶.

D./SAUPHONOR-BROUILLARD, N., esta presunción del carácter abusivo se justifica porque a través de esta cláusula se concede al comerciante un derecho discrecional en relación con los efectos del contrato [cfr. “Art. 85” en SCHULZE (edit.) *CESL Commentary*, p. 391 (comment C)]. Si la cláusula es considerada abusiva, dicha cláusula *“no será vinculante para la otra parte”* [art. 79 CESL (*Efectos de las cláusulas contractuales abusivas*)].

⁶⁰⁶ Art. 10 BAS (propuesto art. 1590 CC): *“1. Cada una de las partes podrá introducir en la ejecución del contrato variaciones razonables en la prestación contractual siempre que sean precisas para obtener el resultado comprometido o para dar cumplimiento a los deberes de diligencia y pericia, atendidas las circunstancias, notificándola a la otra./ 2. Si como consecuencia de las variaciones referidas en el párrafo anterior hubiera de reajustarse el precio o el tiempo de cumplimiento, se atenderán los siguientes criterios:*

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

c) Se permite la terminación unilateral del contrato por parte del cliente

[181] En virtud de lo dispuesto en el art. IV.C.-2:111(1) DCFR (*Client's right to terminate*), el cliente puede poner fin a la relación contractual en cualquier momento, notificándolo al proveedor del servicio. Los efectos de esta terminación se rigen por las reglas generales sobre terminación del contrato por aviso de una de las partes, contenidas en el Libro III del DCFR (*Obligations and corresponding*

la reducción del servicio, la pérdida del beneficio, el ahorro de costes, la utilización por el prestador del servicio o del mayor o menor trabajo requerido en relación al originariamente pactado".

Sobre la redacción de este artículo, ESCARTÍN IPIÉNS señala: "[e]l texto inicial de la ponencia se ajustaba literalmente al indicado 2:209 MCR en su versión VON BAR [*sic*]. Sin embargo se suscitó un fuerte debate en el que las dos posiciones extremas eran:/ Una, defender la necesaria bilateralidad consecuencia de la fuerza de obligar de los contratos tal como recogen los arts. 1.258 del CC vigente que ha sido literalmente recogido en el 1.243 del Proyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones: «los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Los defensores de esta posición alegan que ya el CC da instrumentos en las normas de interpretación de contratos (en el Proyecto de Modernización, los arts. 1278 al 1281), y en el art. 1213 del mismo Proyecto, sobre la cláusula *rebus sic stantibus*./ La postura receptiva del contenido de la norma europea citada en nuestro CC tuvo la siguiente Motivación: 1) se mantiene el principio de obligatoriedad del contrato en los términos de los arts. 1.258 CC y 1.243 del Proyecto de modernización; 2) se propone una variación en la ejecución y no una modificación del contrato; 3) esta variación es reglada como razonable, definiendo el concepto; 3) se somete al requisito formal de la notificación a la contraparte; 4) la cláusula *rebus sic stantibus* no soluciona por sí sola los supuestos que la práctica plantea./ El texto final propuesto es el resultado de una corrección de estilo del texto europeo, tratando de conservar su esencia. No obstante el debate fue vivo porque se trataba de dejar claro que las «variaciones unilaterales de cada una de las partes», no pueden implicar «modificación» del contrato, sino ajustes en su ejecución [...] [(2012) p. 654; cursivas del original].

rights)⁶⁰⁷. En virtud de estas reglas, es muy importante distinguir si la terminación está justificada o no.

- *Si la terminación está justificada*, el cliente no tiene que indemnizar al prestador del servicio [art. IV.C.-2:111(3) DCFR].

Ahora bien, conviene tener presente que *la particularidad o especificidad* de los supuestos de terminación *justificada* contemplados en el art. IV.C.-2:111 DCFR *es relativa*, considerando las reglas generales sobre terminación contenidas en el Libro III del DCFR. En efecto, según el art. IV.C.-2:111 DCFR, el cliente tiene justificación para terminar el contrato en tres casos: *i)* cuando el contrato le confiere ese derecho [art. IV.C.-2:111(5)(a) DCFR]; *ii)* cuando tenga derecho a terminar el contrato según las reglas generales relativas a la resolución del contrato por incumplimiento, contenidas en el Libro III, Capítulo 3, Sección 5 del DCFR [art. IV.C.-2:111(5)(b) DCFR]; y *iii)* cuando tenga derecho a terminar el contrato por tratarse de un contrato de ejecución continua o de tracto sucesivo con plazo indeterminado, de acuerdo con las reglas generales contenidas en el art. III.-1:109 DCFR

⁶⁰⁷ Así lo establece el art IV.C.-2:111(2) DCFR. La referencia es al art. III.-1:109(3) DCFR (*Variation or termination by notice*): “Where the parties do not regulate the effects of termination, then: / (a) it has prospective effect only and does not affect any right to damages, or a stipulated payment, for non-performance of any obligation performance of which was due before termination /– (b) it does not affect any provision for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination; and / (c) in the case of a contractual obligation or relationship any restitutionary effects are regulated by the rules in Chapter 3, Section 5, Sub-section 4 (Restitution) with appropriate adaptations”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

(Variation or termination by notice) [art. IV.C.-2:111(5)(c) DCFR]⁶⁰⁸.

- *Si la terminación no está justificada*, el cliente puede quedar sujeto a *tener que indemnizar* al prestador del servicio, de acuerdo con las reglas generales del Libro III del DCFR [art. IV.C.-2:111(4) DCFR]⁶⁰⁹.

En la medida en que, en el caso de terminación injustificada, se impone al cliente el deber de indemnizar *de acuerdo con las reglas generales*, podría pensarse que, el reconocer al cliente un *derecho* a terminar el contrato no es muy distinto de considerar que el cliente *ha incumplido el contrato* (pues, en cualquier caso, el cliente deberá indemnizar al prestador del servicio). *Sin embargo*, existe una explicación para reconocer el *derecho del cliente a desistir del contrato, sin expresión de causa*. Por su claridad, creo conveniente reproducir las palabras de los redactores del DCFR:

“The actual results under the system adopted in the Article will in most cases be the same as the results which would be reached by saying that the client had no right to terminate without cause. If that other approach were adopted the client would still in practice repudiate the contract and withdraw co-operation. The client

⁶⁰⁸ La ejecución de las obligaciones, en virtud de un contrato de servicio, frecuentemente se extienden por un largo período de tiempo (*cfr. comment A* del art. IV.C.-2:109 DCFR, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1679) y, según las reglas generales, si el contrato (de ejecución continua o periódica) no indica cuando debe terminar, *cualquiera de las partes puede ponerle fin*, dando un aviso con razonable anticipación [art. III.-1:109 DCFR (*Variation or termination by notice*)].

⁶⁰⁹ La indemnización de perjuicios, como remedio frente al incumplimiento se regula en la Sección 7 (*Damages and interest*) del Capítulo 3 (*Remedies for non-performance*) del Libro III del DCFR.

would then have to pay damages, on exactly the same basis, for non-performance or anticipated non-performance of the client's contractual obligations. *The difference between the two system lies in specific performance.* Under the alternative system the client would, in some unusual types of case, have to accept performance of an unwanted service. This could happen if the service was not of such personal nature that it would be unreasonable to enforce specific performance of the client's obligation to co-operate [...] *[t]he approach adopted in the present Article places the client's interest in not having to accept a service which is no longer wanted above the service provider's interest in being able to continue to provide it"* ⁶¹⁰.

Como se puede apreciar, se prefirió considerar la terminación unilateral *injustificada* como un *derecho del cliente*, y no como un supuesto de incumplimiento del cliente, a fin de *impedir que el prestador del servicio pueda exigir el cumplimiento específico de la obligación del cliente de cooperar con la prestación del servicio* (obligación que, en principio, y de conformidad con las reglas generales, el prestador del servicio podría exigir de forma específica) ⁶¹¹.

- i. El art. 158 CESL (*Derecho del cliente a rechazar la prestación*) reconoce el derecho del cliente del *servicio relacionado* a terminar

⁶¹⁰ *Comment C* del art. IV.C.-2:111 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1698]; cursivas añadidas.

⁶¹¹ Sobre la forma en que se regula el cumplimiento específico de las obligaciones *no dinerarias* en el DCFR, trato con detalle en el capítulo 10 de la tesis. Sin perjuicio de ello, conviene apuntar desde ya, que el art. III.-3:302 DCFR (*Enforcement of non-monetary obligations*) establece que el acreedor *tiene derecho a exigir el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no dinerarias*, si bien no se considera un derecho absoluto, ya que reconoce algunas limitaciones.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

el contrato. Para ello, basta con que lo notifique al prestador del servicio. En tal caso, el prestador del servicio no tiene el derecho, ni la obligación, de prestar el servicio, y el cliente permanece obligado a pagar el precio, siempre no exista motivo para la resolución. Este derecho es indisponible tratándose de relaciones B2C ⁶¹².

ii. La PCM reconoce el derecho del cliente a desistir del contrato. Lo hace en la regulación del contrato de obra por empresa, como una causa específica de extinción del contrato [art. 527-1 (*Desistimiento unilateral*) ⁶¹³]; y en la regulación del contrato de prestación de servicios mercantiles, art. 531.7 (*Desistimiento*) ⁶¹⁴.

⁶¹² Art. 158 CESL: “1. El cliente podrá notificar en cualquier momento al prestador del servicio que ya no requiere la prestación o la continuación de la prestación del servicio relacionado./ 2. Cuando se notifique conforme al apartado 1:/ (a) el prestador del servicio dejará de tener el derecho o la obligación de prestar el servicio relacionado; y /(b) el cliente, si no hubiera motivo para la resolución en virtud de otra disposición, seguirá estando obligado al pago del precio, disminuido de los gastos que el prestador del servicio se haya ahorrado o quepa esperar que se hubiera ahorrado por no tener que completar la prestación./ 3. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor”.

En opinión de ZOLL/WATSON, este derecho del cliente a rechazar la prestación se justifica porque el servicio “intervene quite deeply in the customers private sphere. Hence it is reasonable to equip the customer with a right to decline further performance of the service provider” [“Art. 158”, en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, p. 634 (comment A)].

⁶¹³ Artículo 527-1 PCM “El comitente puede desistir de la obra por su sola voluntad aunque haya sido comenzada, pero deberá indemnizar al contratista los gastos y el trabajo realizados, así como el beneficio que habría obtenido de haberla terminado”.

⁶¹⁴ Art. 531-7 PCM: “El ordenante podrá desistir unilateralmente y en cualquier momento del contrato aunque los servicios encargados ya hubieren empezado a prestarse, pero deberá resarcir a su contraparte de todos los gastos en que hubiera incurrido, así como pagar el precio de los servicios ya realizados más un porcentaje razonable del precio de los pactados y no llegados a realizar”.

iii. El BAS regula el desistimiento unilateral del cliente en el art. 12.2 (*Nulidad, desistimiento y terminación del contrato*)⁶¹⁵.

3. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO REQUIERE LA COLABORACIÓN ENTRE LOS CONTRATANTES. EL ROL ACTIVO DEL CLIENTE

[182] Otra característica relevante de la regulación de los *service contracts* del DCFR es, que el proceso de ejecución del servicio requiere que las partes del contrato cooperen y compartan información. Esta característica es particularmente relevante *desde la perspectiva del rol del cliente* en el desarrollo del contrato, en cuanto le exige una posición activa. Como destaca JANSEN, esta característica no sólo está presente en los casos de los servicios “hechos a la medida”, sino que es cierta para todos los casos. En este sentido, el autor afirma que “comparado con el limitado rol que juegan los compradores de mercaderías en la compraventa, por ejemplo, el resultado exitoso del servicio depende mucho de los actos y omisiones del cliente durante el proceso” ⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Art. 12.2 BAS (art. 1592 CC): “*El cliente puede extinguir la relación contractual en cualquier momento, pero deberá indemnizar al prestador del servicio de todos sus gastos, trabajos realizados y utilidad que hubiera podido obtener*”.

⁶¹⁶ En palabras de JANSEN: “mientras cada uno cumple su rol, las partes no pueden actuar en forma independiente de la otra si se quiere alcanzar el objetivo que se tiene en mente. El elemento clave del servicio es que el resultado depende en gran medida de la forma en que los actos de las partes están orientados a la otra. El corolario de esto es que las partes tienen una responsabilidad mutua en la organización y facilitación de este aspecto. Se requiere de ellas, en todas las etapas del servicio, cooperar e intercambiar información que puede ser relevante; aunque particularmente en la etapa de negociación del contrato”. Y más adelante agrega: “En la ejecución del servicio, el proveedor debe tomar una serie de decisiones sobre los materiales, herramientas, procesos técnicos, selección y capacitación de personal, etc.; decisiones que tienen lugar en un contexto más amplio de circunstancias que varían

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[183] En relación con el rol activo del cliente, se encuentran, por ejemplo, las siguientes manifestaciones:

- Se impone al cliente un *deber precontractual de advertir al prestador del servicio de circunstancias inusuales*, que podrían ocasionar que el servicio tome más tiempo del esperado, que sea más costoso, o que cause daño al prestador del servicio o a otras personas [art. IV.C.-2:102(4) DCFR (*Pre-contractual duties to warn*)]⁶¹⁷;
- Se impone al cliente un *deber de notificar al prestador del servicio* si, durante la ejecución del servicio, advierte que no se podrá alcanzar el resultado esperado [art. IV.C.-2:110 DCFR (*Client's obligation to notify anticipated non-conformity*)]⁶¹⁸;

en cada caso, y por ello es vital que el proveedor reúna información sobre esas circunstancias; y no siempre podrá hacerlo sin la ayuda del cliente. El cliente debe, por tanto, facilitar información; y además, algunas veces realizar actos materiales que permitan al proveedor realizar el servicio” [cfr. (2010) pp. 52-55].

⁶¹⁷ Art. IV.C.-2:102(4) DCFR: “*The client is under a pre-contractual duty to warn the service provider if the client becomes aware of unusual facts which are likely to cause the service to become more expensive or time-consuming than expected by the service provider or to cause any danger to the service provider or others when performing the service*”.

Para un estudio sobre esta, y otras obligaciones precontractuales de advertencia en el modelo de los *service contracts*, véase ALONSO PÉREZ (2012). En dicho trabajo, la autora defiende la tesis de que estas obligaciones *de advertencia*, pese a que su contenido sea el de *informar*, no pueden asimilarse a las obligaciones precontractuales de información, puesto que las obligaciones de advertencia no tienen por finalidad prevenir asimetrías informativas, sino que se dirigen a concretar el objeto del contrato (sobre ello véase, especialmente, p. 15 y ss.).

⁶¹⁸ Art. IV.C.-2:110 DCFR: “(1) *The client must notify the service provider if the client becomes aware during the period for performance of the service that the service provider will fail to perform the obligation under IV.C.-2:106 (Obligation to achieve result).*/ (2) *The client is presumed to be so aware if from all the facts and circumstances known to the client without investigation the client has reason to be so aware.*/ (3) *If a non-performance of the obligation under paragraph (1) causes the service to become*

- Se impone a ambas partes un *deber de cooperación* [art. IV.C.-2:103 DCFR (*Obligation to co-operate*)]⁶¹⁹. Para el *cliente* del servicio, que es lo que ahora interesa destacar, ese deber de cooperar implica especialmente: *i)* que en la medida que sea razonable y necesario para que el prestador pueda prestar el servicio, el cliente *debe contestar los requerimientos del prestador del servicio* relativos a la información necesaria para permitirle la ejecución del contrato [art. IV.C.-2:103(a) DCFR]; *ii)* que el cliente ha de *dar las instrucciones* que sean necesarias para que el prestador del servicio pueda cumplir con sus obligaciones [art. IV.C.-2:103(b) DCFR]; y *iii)* si el cliente tiene la obligación de obtener permisos o licencias, *debe obtener dichos permisos y licencias* en un *tiempo razonable* [art. IV.C.-2:103(c) DCFR].

i. El art. 3 CESL (*Cooperación*) dispone: “*Las partes estarán obligadas a cooperar entre sí en la medida en que quepa esperar dicha cooperación para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales*”⁶²⁰.

more expensive or to take more time than agreed on in the contract, the service provider is entitled to: (a) damages for the loss the service provider sustains as a consequence of that failure; and/ (b) an adjustment of the time allowed for performance of the service”.

⁶¹⁹ Artículo transcrito *supra* nota 423.

⁶²⁰ Para SCHULTE-NÖLKE, el hecho de que el artículo emplee la expresión “obligadas” implica que se crean propiamente *obligaciones que, como tales, pueden exigirse y hacerse cumplir*, a diferencia de lo que ocurre con los deberes –“duties”–. La razón (y consecuencia) de ello, según este autor, es la *aplicación de los remedios por inejecución de las obligaciones*. Así, si una parte no cumple con su obligación de cooperar, la otra parte, la perjudicada, puede resolver el contrato o demandar daños por el incumplimiento, y especialmente importante, puede suspender su cumplimiento [*cfr.* “Art 3” en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, pp. 92-94 (especialmente, *comments A y C*)].

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Entre las normas relativas a los contratos de servicio relacionado, la única norma que puede considerarse como manifestación particular de este principio, en cuanto impone obligaciones de cooperación al cliente, es el art. 154 CESL (*Facilitación del acceso*), que dispone: “*Cuando el prestador del servicio necesite acceso a los locales del cliente para prestar el servicio relacionado, el cliente deberá facilitar dicho acceso en horario razonable*” ⁶²¹.

ii. La PCM impone al cliente *deberes de cooperación*. Lo hace en la regulación del contrato de obra por empresa [art. 523-3 (*Deber de colaboración*)] ⁶²² y en la regulación los contratos de prestación de servicios mercantiles [art. 531-3 (*Obligaciones del ordenante del servicio*)] ⁶²³.

iii. El BAS también regula el deber de cooperación de las partes, en su art. 5 (*Deber de mutua cooperación*) ⁶²⁴.

⁶²¹ ZOLL/WATSON precisan que se trata de una manifestación particular del principio de cooperación contenido en el art. 3 CESL, y que no puede entenderse que se trate de la única obligación de cooperar que pesa sobre el cliente en el caso de los contratos de servicio relacionado [cfr. “Art. 154” en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, pp. 628-629 (comments A y B)].

⁶²² Art. 523-3 PCM: “*El comitente de la obra deberá colaborar con el contratista cuando para la realización de ésta sea necesaria su intervención. Si no se aviniere a prestar esa colaboración en un plazo razonable, el contratista tendrá derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionen por ello.– No obstante, el contratista podrá otorgar al comitente de la obra un plazo adicional para proceder al cumplimiento de su deber de colaboración, apercibiéndole de que el transcurso del plazo sin que se haya producido la colaboración requerida tendrá como consecuencia la resolución del contrato con la indemnización de los daños y perjuicios que procedan*”.

⁶²³ Art. 531-3 PCM: “*El ordenante deberá proporcionar al prestador del servicio cuanta información fuere precisa para el adecuado cumplimiento del aquél, así como colaborar con él cuando fuere necesario para poder prestar el servicio*”.

⁶²⁴ Art. 5 BAS (propuesto 1585 CC): “*1. Las partes deben cooperar para asegurar el cumplimiento del contrato. En particular, serán deberes del cliente los siguientes:/ a)*

4. EL PRESTADOR DEL SERVICIO NO NECESARIAMENTE GARANTIZA EL “RESULTADO” DEL SERVICIO. LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO EN EL DCFR

[184] Cuando el cliente celebra un contrato de servicios generalmente quiere obtener un particular resultado. Sin embargo, la capacidad del prestador del servicio para alcanzar dicho resultado depende de un número de factores que no siempre están bajo su control ⁶²⁵. *¿Cuál es la extensión de la obligación del prestador del servicio? ¿Puede entenderse que el prestador del servicio garantiza siempre el resultado esperado por el cliente?* Como ya se ha apuntado (*supra* [108]), el DCFR no utiliza la distinción entre obligaciones de medios y de resultado para configurar distintos tipos contractuales, al modo que lo hace la jurisprudencia española ⁶²⁶. Pero, como se muestra de inmediato, sí recoge esa clasificación de las obligaciones, y lo hace en forma *explícita*, y como una forma de explicar que el prestador del servicio no siempre garantiza el resultado deseado por el cliente, y en

responder a las cuestiones planteadas por el prestador del servicio con el fin de que éste obtenga la información necesaria;/ b) dar al prestador del servicio las instrucciones que sean precisas; y/ c) obtener en su caso las licencias o permisos necesarios en un tiempo que permita razonablemente al prestador del servicio cumplir el contrato./ 2. El cliente tiene derecho a comprobar si se está cumpliendo debidamente el contrato y a recibir información clara y precisa sobre ello./ 3. El prestador del servicio deberá informar al cliente durante el cumplimiento del contrato de los impedimentos anteriores a la fecha de su celebración, así como los sobrevenidos, cuando unos y otros dificultaran o hicieran imposible la prestación del servicio”.

⁶²⁵ Cfr. comment A del art. IV.C.-2:106 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1653.

⁶²⁶ Me refiero a la distinción entre “contrato de servicios” (obligación de medios) y “contrato de obra” (obligación de resultado), que, como ya se ha mostrado en los capítulos anteriores, es el modelo actualmente utilizado por los tribunales españoles.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

consecuencia, que no siempre será responsable sobre la base de que dicho resultado no se haya alcanzado.

[185] Del texto de los arts. IV.C.-2:105 y IV.C.-2:106 DCFR se desprende, con bastante claridad, que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado esta presente de modo *explícito* en el modelo de regulación de los *service contracts*. Por un lado, ello brota inmediatamente del epígrafe de los artículos: el del art. IV.C.-2:105 DCFR es *Obligation of skill and care* (literalmente, obligación de destreza y cuidado; que bien puede traducirse como “obligación de diligencia”), mientras que el epígrafe del art. IV.C.-2:106 DCFR es *Obligation to achieve result* (precisamente “obligación de alcanzar un resultado”). Contra toda posible duda, los comentarios oficiales de este último artículo dejan claro que la clasificación entre las obligaciones de medios y de resultado ha sido incorporada por los redactores de modo *consciente*:

“Two different approaches are generally recognised. The first approach is to establish the service provider’s liability on the basis of failure to perform the service with the required care and skill. In this approach, the idea is that *the obligation imposed upon the service provider is an obligation of means* [...] The second approach is to establish the liability of the service provider on the basis of the mere fact that the service did not achieve the result stated or envisaged by the client at the time of conclusion of the contract. In this approach, the idea is that *the obligation imposed upon the service provider is an obligation of result*, implying that is not enough merely to attempt to achieve the required result. If the result is not achieved, the client has to establish the fact. The

service provider [...] cannot prevent liability by proving that the service was performed with due care and skill" [cursivas añadidas]⁶²⁷.

[186] En mi opinión, es también bastante claro que el articulado *no impone al prestador del servicio el deber de alcanzar un resultado en todo caso*, sino simplemente establece *cuándo* existe tal deber. El art. IV.C.-2:106(1) DCFR establece que el prestador del servicio tiene:

- El deber de alcanzar el resultado *establecido en el contrato*;
- El deber de alcanzar el resultado *previsto por el cliente, cuando no se haya establecido en el contrato*. Pero, hay que tener presente que ese deber de alcanzar el resultado *previsto por el cliente*, no establecido en el contrato, está *condicionado a la concurrencia copulativa de dos circunstancias*: la primera, que dicho resultado, al tiempo de la celebración del contrato, haya sido de aquellos que el cliente podía razonablemente esperar [art. IV.C.-2:106(1)(a) DCFR]; y la segunda, que el cliente no hubiera tenido motivos para creer que existía un riesgo sustancial de que el resultado no podía alcanzarse con el servicio [art. IV.C.-2:106(1)(b) DCFR]⁶²⁸.

⁶²⁷ Comment B del art. IV.C.-2:106 DCFR; VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1655.

⁶²⁸ Art. IV.C.-2:106(1) DCFR: "*The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated: (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service*".

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

[187] La forma en que esta cuestión se regula en el DCFR permitiría concluir que la regla general, para los casos en los que no se haya pactado alcanzar un resultado, es que el prestador del servicio no asegura la consecución del resultado previsto por el cliente. O sea, que *la obligación del prestador del servicio es, por defecto, una obligación de medios*, y no una obligación de resultado⁶²⁹.

Sin embargo, los comentarios del art. IV.C.-2:106 DCFR matizan esta posible conclusión. En ellos se explica que, en realidad, *la regla por defecto depende del tipo de servicio*. En este sentido, se explica que un cliente razonable puede esperar que el prestador del servicio alcance el resultado, “en principio”, tratándose de contratos de construcción, de diseño, de depósito y de suministro de información “fáctica”; y que el resultado no se impone, “en principio”, si se trata de contratos de servicios sobre cosas (*processing*), en los casos en los que se suministra información evaluativa y en los de tratamiento médico⁶³⁰. Se dice además, que si bien la imposición de una obligación de resultado beneficia obviamente los intereses del cliente, el imponer a algunos prestadores de servicio una obligación de resultado sería algo *demasiado severo*, debido a que no siempre ellos están en posición de controlar totalmente el resultado del proceso del servicio. La imposición de una obligación de resultado podría significar que se encarezca el precio del servicio, puesto que esos prestadores de

⁶²⁹ En este sentido, por ejemplo, FLECHTNER, quien, precisamente comentado el art. IV.C.-2:106 DCFR, afirma que “a service provider’s default obligation [...] is an obligation de moyens rather than an obligation de résultat” [(2010) pp. 155-156].

⁶³⁰ *Cfr. comment A* del art. IV.C.-2:106 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1653.

servicios deberían contratar seguros que cubrieran riesgos que incontrolables por ellos; e incluso podría implicar la desaparición del servicio, en caso de no poder obtener esos seguros⁶³¹.

[188] En los casos en los que el proveedor del servicio *no debe alcanzar el resultado* (o sea, en los casos en los que aquél no garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor, el cliente) *el contenido de la obligación del prestador del servicio consiste exclusivamente en un actuar diligente*. Por tanto, el prestador del servicio *cumple el contrato si realiza la prestación con el adecuado nivel de diligencia* [art. IV.C.–2:105 DCFR]. Este actuar diligente implica ejecutar el servicio con la pericia y el cuidado con que lo haría un prestador razonable en las mismas circunstancias, y cumpliendo con las regulaciones administrativas y legales relativas a dicho servicio [art. IV.C.–2:105(1) DCFR]⁶³². Excepcionalmente, el estándar de diligencia puede ser más alto en ciertos casos [art. IV.C.–2:105 (2) y (3) DCFR]⁶³³.

Este parámetro del prestador “razonable” es un criterio muy flexible. Para determinar el grado de diligencia que el cliente tiene derecho a esperar, se enumeran (en forma no taxativa) ciertos

⁶³¹ Cfr. comment B del art. IV.C.–2:106 DCFR; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 2, p. 1656.

⁶³² Art. IV.C.–2:105(1): “(1) *The service provider must perform the service:/ (a) with the care and skill which a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and/ (b) in conformity with any statutory or other binding legal rules which are applicable to the service*”.

⁶³³ Art. IV.C.–2:105 DCFR: “[...] (2) *If the service provider professes a higher standard of care and skill the provider must exercise that care and skill./ (3) If the service provider is, or purports to be, a member of a group of professional service providers for which standards have been set by a relevant authority or by that group itself, the service provider must exercise the care and skill expressed in those standards./ [...]*”.

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

factores, como la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que envuelve la ejecución del servicio; en la medida que se produzcan daños, los costos de las medidas de precaución que pudieran haberlos evitado; el hecho de que el prestador del servicio sea un empresario; si el servicio es oneroso, y en tal caso, el monto de la remuneración; y, por último, el tiempo con que se ha contado para ejecutar el servicio [art IV.C.-2:105(4) DCFR]⁶³⁴.

[189] A pesar de todo lo hasta ahora dicho, un sector de la doctrina española entiende que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado ha perdido relevancia en el modelo del DCFR. Y no sólo la ha perdido como elemento de tipificación (en el sentido de que no se utiliza, como en el Derecho interno español, para distinguir entre un contrato *de servicios* y otro *de obra*), sino que se ha llegado a afirmar que el prestador del servicio *se obliga en todo caso a un resultado* (identificando resultado con el interés primario del acreedor, el cliente). La posición más clara en este sentido es la que defiende DE BARRÓN ARNICHES, quien afirma claramente que *el resultado perseguido por el cliente queda integrado en el contenido de la obligación del prestador del servicio* ⁶³⁵. También parecía compartir esa percepción de la regulación

⁶³⁴ Art. IV.C.-2:105(4) DCFR: “In determining the care and skill the client is entitled to expect, regard is to be had, among other things, to: / (a) the nature, the magnitude, the frequency and the foreseeability of the risks involved in the performance of the service for the client; / (b) if damage has occurred, the costs of any precautions which would have prevented that damage or similar damage from occurring; / (c) whether the service provider is a business; / (d) whether a price is payable and, if one is payable, its amount; and / (e) the time reasonably available for the performance of the service”.

Como se puede observar, son básicamente los mismos criterios que, para estos mismos fines, se recogen en el art. 5.1.5 Principios Unidroit (*supra* [106]).

⁶³⁵ Sobre el punto, la autora ha señalado: “[e]n ningún caso debe entenderse que el resultado perseguido con la prestación de un servicio, queda fuera del contenido de la

de los *service contracts* del DCFR, CRESPO MORA (2011), si bien de modo más matizado⁶³⁶ [aunque he de advertir, que esta autora, recientemente (2013) parece haber cambiado de parecer, hacia el sentido que he defendido)⁶³⁷.

obligación jurídica que afecta al agente, más bien lo importante será determinar, en cada caso, cuál es el resultado que realmente puede esperar el cliente del servicio que se le va a prestar” [(2008) p. 15]. Ahondando en esta idea, y con más contundencia, en otro lugar, indica: “[l]o que constituye el objeto de la obligación para el prestador del servicio consiste en llevar a cabo una tarea que requiera una formación o unos conocimientos, y unos medios materiales y humanos. *Y dicha tarea siempre ha de perseguir un resultado, la obtención de los objetivos del cliente*, que es quien marca las directrices. *Poco o nada queda en este planteamiento de la tradicional dicotomía sostenida por nuestra jurisprudencia entre obligaciones de medios*, en las que no cabe el enjuiciamiento de la tarea por los resultados positivos o negativos que de la misma deriven, y *las obligaciones de resultado*, los tradicionalmente conocidos como contratos de obra, en el que aquél es el criterio de juicio básico para determinar la responsabilidad del agente” [(2011) p. 12; cursivas añadidas]. Las mismas ideas son nuevamente expuestas por DE BARRÓN ARNICHES, en *El contrato de servicios* (especialmente, pp. 102-122).

⁶³⁶ La autora afirma: “[s]in lugar a dudas, la principal novedad [es que] el proveedor o prestatario de servicios se compromete en todo caso frente al acreedor a la obtención de un resultado” [(2011) p. 49]. La misma autora, en otro lugar, señala que “desaparece cualquier distinción entre el contrato de servicios y el de obra, solución legislativa que probablemente sea una mera consecuencia de la eliminación de la distinción doctrinal entre obligaciones de medios o diligencia y las obligaciones de resultado, otra de las novedades que introduce el citado texto” [(2012) pp. 579-580]. Aunque, luego de analizar con algún detalle el art. IV.C.-2:106 DCFR, la autora concluye: “[l]a exigencia consagrada en el DCFR de que todas las obligaciones de hacer sean de resultado, se dulcifica a través del recurso de la razonabilidad, consiguiendo, a mi juicio, que la diferencia con la tesis tradicional [la autora se refiere a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado y su reflejo en los contratos “de servicio” y “de obra” del Derecho español] sea simplemente terminológica [...] con el sistema diseñado por el DCFR se llega a un resultado parecido al de la doctrina tradicional” [(2011) p. 51].

⁶³⁷ En este sentido, CRESPO MORA expresa: “[d]e lo expuesto, puede deducirse que el artículo IV.C.-2:106, en última instancia, proporciona criterios para determinar cuándo resulta exigible el resultado final al que aspira el cliente, esto es, cuándo la satisfacción del interés final del acreedor pertenece al ámbito de protección del contrato. Ello sucederá cuando se trate de un resultado declarado o, sin serlo, cuando fuera previsible por un cliente razonable. En los demás casos, el deudor compromete una obligación de medios que, por tanto, constituye la regla general de los contratos

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

Por otro lado, se ha planteado que, en el modelo del DCFR, la obligación del prestador del servicio es, *por defecto, una obligación de resultado*, siendo posible que las partes la configuren como una *de medios*. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, VAQUER ALOY ⁶³⁸.

Otro autores, en cambio, describen el modelo del DCFR en forma consistente con lo que aquí he explicado, poniendo de relieve que la regulación de los *service contracts* del DCFR recoge la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, y que no existe propiamente una regla por defecto que sea aplicable a todos los servicios con carácter general [así, por ejemplo, VALPUESTA GASTAMINZA ⁶³⁹, VILLANUEVA

de servicios en defecto de pacto. En definitiva, pues, lo único que trata de aclarar el artículo IV.C.-2:106 es *cuándo* el deudor de servicios debe un resultado, sin que pueda desprenderse de su opaco tenor literal que *siempre* deba uno" [(2013) p. 26 (las cursivas son del original)].

⁶³⁸ El autor ha planteado que "el art. IV.C.-2:106 [...] asienta la obligación de obtener un resultado como característica definitoria del contrato de servicios" [(2011) p. 29]. Y, aunque más adelante, en el mismo trabajo, el autor reconoce la posibilidad de configurar la obligación como de medios [así, afirma: "cabe que las partes hayan configurado el contrato de servicios como de mera actividad, que la prestación lo sea de medios. Si así ocurre, el prestador de servicios se obliga simplemente a realizar una actividad diligente («skill and care»), como en el caso del tratamiento médico"], VAQUER ALOY parece minimizar el valor de la clasificación, desde que, según él, cabría entender que "el resultado lo constituye el mismo tratamiento aplicando los conocimientos periciales exigibles, es decir, que en definitiva todo servicio supone un resultado, aunque este sea la misma prestación del servicio de acuerdo con la corrección profesional esperable" (*ibíd.*, pp. 31-32).

⁶³⁹ Tras el análisis de este punto, el autor concluye: "caracterizar la actuación/responsabilidad del arrendatario de servicios como de medios o de resultado no es suficiente, pues se trata de una distinción poco clara [...] el DCFR huye de esta caracterización, y considera -adecuadamente- que el arrendatario debe alcanzar el resultado previsto, con esos matices acerca de cuando tal resultado es obtenible, y sin caracterizar expresamente que eso suponga una prestación "de resultados" [(2011) pp. 264-268; cita textual en p. 268].

LUPIÓN ⁶⁴⁰ y, como se ha indicado, CRESPO MORA en su trabajo más reciente, de 2013 (*supra* nota 637)].

i. En el CESL se recoge también la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, en relación con los servicios relacionados, en la Parte V (*Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados*), en el art. 148 CESL (*Obligación de lograr un resultado y obligación de competencia y diligencia*) ⁶⁴¹. Algunos autores entienden que este artículo contempla una presunción favorable a que la obligación del prestador de servicios sea, por defecto, una obligación de medios ⁶⁴².

⁶⁴⁰ “La categoría contractual genérica se nomina «contratos de servicio» en los que tienen cabida todas las prestaciones profesionales, tanto aquellas en las que el profesional [se obliga a un] concreto resultado, como aquellas otras en las que cumple prestando un servicio útil al cliente con la diligencia o «estándar de cuidado» exigible” (VILLANUEVA LUPIÓN, C., *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009, p. 466).

⁶⁴¹ Art. 148 CESL: “1. *El prestador del servicio deberá lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato.*/ 2. *A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado.*/ 3. *Para determinar la competencia y diligencia que razonablemente cabe exigir del prestador del servicio, deberán tenerse en cuenta, entre otras circunstancias: (e) la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que entraña la prestación del servicio relacionado para el cliente; (f) si se produce un daño, los costes de las medidas preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar; y (g) el tiempo del que se dispone para la prestación del servicio relacionado*”.

⁶⁴² En este sentido, ZOLL/WATSON, quienes indican que este artículo sigue la tradición francesa, y que el art. 148 distingue entre dos tipos de *standards* de obligación: obligación de medio y obligación de resultado; y que este artículo contiene una presunción de que la obligación del prestador del servicio relacionado es una obligación de medios [“Art. 148” en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, p. 619 (*comment B*)]. Según estos autores, puede discutirse la necesidad del art. 148 CESL por dos razones: por un lado, porque el no contener el CESL esta regla probablemente no

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

ii. Como se ha dicho, la PCM recoge *expresamente la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*, pero, a diferencia del modelo de los *service contracts* del DCFR y del CESL, la PCM utiliza esa clasificación de las obligaciones para distinguir dos contratos: el de obra por empresa (obligación de hacer de resultado) y el de servicios mercantiles (obligación de hacer de medios). La PCM, por tanto, *positiviza* el modelo jurisprudencial dual del Derecho español vigente (*supra* [141 i.]).

iii. En relación con el BAS, señala ESCARTÍN que el reconocimiento de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, siguiendo al DCFR, fue *punto debatido* en el seno de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, y que se terminó adoptando tal dicotomía ⁶⁴³. Los artículos referidos a la diligencia

tendría efectos negativos; y por otro lado, porque esa presunción a favor de la obligación de medios no convence desde el punto de vista de los típicos contratos de servicios cubiertos por el art. 2(m) de la PR CESL, que son más bien ejemplos típicos de obligaciones de resultados [*ibíd.*, pp. 618-619 (*comment A*)].

Sobre la incorporación de esta clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el CESL, VAQUER ALOY afirma que “el recurso a las obligaciones de medios y de resultado para configurar las obligaciones del prestador de servicios relacionados *no puede merecer una valoración positiva*. La primera razón radica en la oportunidad de recurrir a una dicotomía que ha perdido progresivamente su posición otrora central [...] / [l]a segunda razón tiene mucho más peso [...] el incumplimiento de la obligación, en la Propuesta CESL, a pesar de su sistemática, sigue descansando, aunque sea solo parcialmente, sobre la falta de conformidad de la prestación y además es una noción neutra, que no depende de ningún criterio de imputación subjetivo [...] / [s]iendo esto así, no se comprende porqué se recurre a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, cuando esta distinción pivota sobre la noción de diligencia, mientras que el cumplimiento o incumplimiento de la prestación del prestador de servicios no depende de si ha actuado con diligencia o culpa, pues el incumplimiento, por el filtro de la conformidad, es una noción independiente de toda imputación subjetiva [...]” [(2012) pp. 440-443; cursivas añadidas].

⁶⁴³ “Sin duda este fue uno de los puntos más debatidos en la CGC, y hay que reconocer que el texto final del Anteproyecto no se atiene literalmente al antecedente de los Principios MCR. En la primera redacción [...] se adoptó un texto que en traducción libre recibía el IV.C.-2:106 de los Principios del MCR. Que se atenían expresamente a la

del prestador del servicio y al deber de alcanzar un resultado son los arts. 7 (*Diligencia y pericia exigible al prestador del servicio*)⁶⁴⁴ y 8 (*Prestación de resultado y prestación de actividad*)⁶⁴⁵.

ecuación según la cual, cumplimiento es igual a obtención del resultado pactado o razonablemente previsible. Pero en los debates en segunda lectura primó la idea de distinguir entre prestación de resultado y prestación de actividad. Tal distinción contaba con decisivos valedores en la doctrina [aquí ESCARTÍN IPIÉNS cita a L. Díez PICAZO] [...] [h]ubo propuestas alternativas dirigidas a acentuar el carácter de prestación de resultado en armonía con el texto de los Principios del MCR, pero al final prevaleció el criterio que mantenía la diferencia entre prestación de actividad- prestación de resultado, dentro del mismo género «contrato de servicios». La referencia al resultado se dejó para el contrato de obra que está siendo debatido actualmente por la Sección” [ESCARTÍN IPIÉNS (2012) pp. 560-561)].

⁶⁴⁴ Art. 7 BAS (propuesto art. 1587 CC): “1. *El obligado a prestar el servicio debe realizarlo con la diligencia y pericia exigidas por la índole de éste y conforme a las reglas de la profesión, arte u oficio./ En particular, se tendrá en cuenta para determinarlas:/a) la naturaleza, la importancia, la frecuencia y la previsibilidad de los riesgos que puedan incidir en el cumplimiento del servicio;/ b) si se ha producido un daño, los costes de las precauciones que hubieran permitido evitar ese daño u otro similar;/ c) si el prestador del servicio es o no un profesional;/ d) si hay retribución, y en tal caso su importe; y/ (e) el tiempo razonablemente disponible para la realización del servicio./ 2. Si el prestador del servicio viniere ejerciendo su profesión con un grado de pericia y excelencia superior al normal, deberá actuar conforme a ello./ 3. Si el prestador del servicio es o se presenta como miembro de un grupo de profesionales al que se aplican reglas establecidas por la autoridad competente o por el propio grupo que ha fijado un nivel de diligencia y pericia superior al normal, deberá realizar el servicio conforme a este nivel./ 4. La obligación de diligencia y pericia del prestador del servicio comporta la de tomar las precauciones razonables para evitar que la ejecución de la prestación produzca daños”.*

⁶⁴⁵ Art. 8 BAS (propuesto art. 1588 CC): “1. *Cuando las partes hubieren pactado el resultado que había de obtenerse o cuando, a pesar de la falta de pacto, el cliente podía razonablemente esperar determinado resultado, el prestador del servicio cumplirá su obligación si aquel resultado se consigue; pero cuando el contrato tuviere por objeto solamente la prestación de determinada actividad sólo habrá incumplimiento contractual cuando no se preste dicha actividad en los términos estipulados./ 2. Cuando a través del contrato se transmita al cliente la propiedad de alguna cosa, corporal o incorporal o la titularidad de un derecho, se deberá transmitir libre de cargas o de reclamación de terceros”.*

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[190] Las principales conclusiones de este capítulo son las siguientes:

1. El modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR recoge la regulación de los PEL SC, casi sin modificaciones. A diferencia del trabajo realizado por otras comisiones del *Study group*, la comisión que diseñó la regulación de los PEL SC (el TWT) no utilizó, como base para redactar los PEL SC, la regulación existente en los Derechos nacionales, ni se basó en el conjunto de la normativa europea relativa a los servicios. Adoptó, en cambio, una “aproximación funcional”, la cual partía del análisis de diferentes clases de servicios que se realizan en la práctica. Con tal aproximación, se buscaba obtener unas reglas para esas actividades, y además, a partir de esas reglas, inducir unas reglas generales para todos los servicios.

2. La regulación de los *service contracts* del DCFR se estructura en dos niveles: contempla una *parte general*, reglas que son aplicables a todos los contratos de servicio, y una *parte especial*, que contiene la regulación de seis particulares actividades (*construction, processing, storage, design, information and advice, y treatment*). Esos aspectos de la regulación pueden ser considerados como positivos de cara a una posible reforma de la regulación de los servicios en el Derecho español. No obstante, si se quiere utilizar la regulación de los *service contracts* del DCFR como modelo para modernizar el Derecho español en materia de servicios, habría que considerar si conviene, o no, adoptar una regulación tan extensa y con tanto nivel de detalle como la del

DCFR. Sería igualmente conveniente considerar si las actividades especialmente reguladas en la parte especial de los *service contracts* son representativas de las actividades de servicio más relevantes para la economía española. Ello, sobre todo si se considera que la elección de esos particulares *service contracts* por parte del TWT obedeció más bien a razones prácticas que a criterios económicos o jurídicos. La prueba es que algunos contratos que bien pueden considerarse *de servicios*, quedan excluidos de la regulación (algunos de ellos están regulados en otras partes del DCFR, otros ni siquiera quedan bajo el ámbito del DCFR).

3. Los *service contracts* son una categoría amplia, caracterizada sobre la base de que la prestación característica que asume el deudor (prestador del servicio) es la realización de un trabajo –“*perform work*”– esto es, una *obligación de hacer*. Las reglas son aplicables tanto a los contratos remunerados como a los gratuitos, si bien en este último caso con las adaptaciones que sean adecuadas.

Como regla, la regulación de los *service contracts* del DCFR se aplica también (parcialmente) a los contratos mixtos que envuelven una parte de servicio y una parte de otro contrato. Sin embargo, hay algunas importantes excepciones, que inciden en la caracterización de la categoría de los *service contracts*: en la medida que el contrato tenga por objeto la producción de un bien cuya propiedad ha de transferirse al cliente, el contrato, que en teoría es mixto, ha de considerarse preferentemente compraventa (si la adquisición de la propiedad del bien es a título oneroso) o preferentemente donación (si lo es a título gratuito). En el modelo del DCFR, por tanto, el servicio *no* consiste en la

5. La regulación de los *service contracts* del DCFR

fabricación o producción de un bien cuya propiedad luego deba transferirse al cliente.

4. El estudio de los principales aspectos sustantivos de la regulación general de los *service contracts* del DCFR permite concluir que el servicio (objeto del contrato) no se mira como un bien o un producto que el prestador entrega al cliente, y que éste puede adquirir. El servicio es un *proceso de colaboración*. Y ello hace que la estructura típica de estos contratos difiera significativamente de la estructura típica de la compraventa. En efecto, y a diferencia de la obligación que asume el vendedor, la prestación a cargo del prestador del servicio puede ser personalísima. En el contrato de servicio, el contenido de la obligación de hacer del prestador no viene determinada exclusivamente por los términos del contrato, sino que se adapta a las necesidades y a los deseos del cliente. La ejecución del contrato requiere un alto grado de colaboración entre las partes, y el cliente del servicio tiene, en relación con el cumplimiento del contrato, una posición activa, que contrasta con la del comprador. Finalmente, la obligación que asume el prestador del servicio puede ser una obligación de medios, es decir, puede cumplir con su obligación realizando la prestación con la diligencia debida, aun cuando la actividad desarrollada no satisfaga el interés primario del cliente esto es, lo que le llevó a contratar el servicio.

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO DEL CLIENTE DEL SERVICIO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DEL CONTRATO

CAPÍTULO 6

La preferencia por el remedio de los *damages* y el lugar secundario del *specific performance*. La aproximación del *Common Law*

I. INTRODUCCIÓN

[191] El destacar el diferente lugar que ocupa el remedio de *cumplimiento específico* –“*specific performance*”– dentro del sistema de remedios por el incumplimiento contractual en el *Common Law* y en el Derecho continental, es casi un lugar común en los trabajos de Derecho comparado. En este sentido, se afirma que mientras que en el Derecho continental se reconoce al acreedor un derecho a obtener el cumplimiento específico, en el *Common Law* este remedio se considera un remedio secundario, que se concede sólo excepcionalmente, siendo la indemnización de los daños –“*damages*”– el remedio preferente⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Así, por ejemplo, BEALE, H./FAUVARQUE-COSSON, B./RUTGERS, J./TALLON, D./VOGENAUER, S., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2.^a ed., Hart Publishing, 2010, p. 834; CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, 2007, p. 248; DE CRUZ, P., *Comparative Law in a Changing World*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, 1999, p. 398; HOGG, M., *Promises and*

Los mismos estudios comparados sugieren, sin embargo, que dicha diferencia es más teórica que práctica ⁶⁴⁷. Lógicamente, es posible pensar que ello puede deberse tanto al hecho de que los ordenamientos de Derecho continental son, en la práctica, más restrictivos a la hora de conceder el cumplimiento específico de lo que generalmente se cree, como al hecho de que el remedio del *specific performance* ocupa un lugar más relevante en el *Common Law* de lo que suele afirmarse. En este capítulo interesa analizar en qué medida la afirmación sobre el lugar secundario que tiene el remedio del cumplimiento específico en el *Common Law* puede tenerse por cierta. Y, particularmente interesa determinar si ello es así en relación con los contratos de servicio.

[192] La exposición que sigue se estructura en tres partes. En la *primera* se contemplan unas consideraciones preliminares. Son *dos* las

Contract Law. Comparative Perspectives, Cambridge University Press, 2011; MARKESINIS *et al.*, *The german law*, p. 263 y p. 392 y ss. (comparando el Derecho inglés con el Derecho alemán); MILLER, L., "The Enforcement of Contractual Obligations: Comparative Observations on the Notion of Performance", en CARTWRIGHT, J./VOGENAUER, S./WHITTAKER, S. (eds.) *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme de droit des obligations et de la prescription ("the Avant-projet Catala")*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 145 (comparando el Derecho inglés con el Derecho francés); TORSELLO, M., "Remedies for breach of contract", en SMITS, J. M. (edit.) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2006, p. 617 y ss.; YOUNGS, R., *English, French and German comparative Law*, Cavendish, 1998, p. 434 y ss. (comparando el Derecho inglés con el francés y con el alemán); ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations*, p. 776 y ss.; ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Oxford University Press, 1998, pp. 470-485.

⁶⁴⁷ Así, por ejemplo, ZWEIGERT/KÖTZ afirman: the actual contrast is not quite sharp" (*An introduction*, p. 484). Y en el mismo sentido, BEALE *et al.*: "the differences between the system may be less tharious appears at first sight [...] it is thought that practice, at least in Germany, reduces the differences still further" (*Contract Law*, p. 854). Véase, igualmente, la exposición que, sobre este punto, se ofrece en FAUVARQUE-COSSON, B./MAZEAUD, D. (eds.), *European Private Law*, pp. 479-480 (con comentarios al Derecho francés, alemán y suizo).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

cuestiones que conviene tratar antes de comenzar el estudio. *Una*, es ver si dicha afirmación de entrada –el lugar secundario del remedio del *specific performance*– coincide con la forma en que la propia doctrina del *Common Law* describe, en general, el sistema de remedios frente al incumplimiento contractual. *La otra*, es que parece conveniente realizar algunas precisiones terminológicas, considerando que se ha sugerido que el diferente significado que se atribuye a la expresión *specific performance* y a la del cumplimiento específico en los distintos ordenamientos puede incidir en que las diferencias entre el *Common Law* y el Derecho continental sean menos serias de lo que a primera vista aparecen ⁶⁴⁸.

Partiendo de la base de que la afirmación sobre el lugar secundario del remedio del *specific performance* parece tener suficiente respaldo, y habiendo delimitado su alcance desde una perspectiva terminológica, el resto del trabajo pretende ahondar sobre el alcance de esa “preferencia”. Por ello, la *segunda parte* muestra cuál es la *explicación histórica* de la preferencia por el remedio de los *damages* sobre el del *specific performance*. Y la *tercera parte* versa sobre cuál es su significación en la *actualidad*, mostrando cuáles son los principales criterios que están a la base de la decisión de otorgar o no este remedio.

⁶⁴⁸ Cfr. BEALE *et al.*, *Contract Law*, p. 854.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. LA AFIRMACIÓN DE ENTRADA

[193] Una mirada a la doctrina del *Common Law* demuestra que la afirmación de que el *specific performance* es un remedio secundario tiene *suficiente respaldo*. Si tomamos como punto de partida al *Derecho inglés*, las palabras de BURROWS son elocuentes:

“Another question [...] is whether a plaintiff has a free choice between claiming specific enforcement or compensation. In English law the answer is «no». The enforcement of positive obligations (other than payments already owed) through the remedy of specific performance is secondary to compensation; i.e. a plaintiff is only entitled to specific performance [...] where compensatory damages would be inadequate”⁶⁴⁹.

Y con igual contundencia, se pronuncia, por ejemplo, STONE, quien afirma:

“Since the remedy [of specific performance] is an equitable one [...] it is discretionary, unlike damages, which are available as of right. This means that a claimant is not entitled to the order simply as a

⁶⁴⁹ BURROWS, A., *Understanding the Law of obligations*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 137.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

result of proving that the other party is in breach of its obligations”⁶⁵⁰.

Esas descripciones sobre el remedio del *specific performance* no sólo son ampliamente compartidas por otras autorizadas voces de la doctrina inglesa ⁶⁵¹, sino que también lo son por los tribunales. Las palabras de Lord Hoffman [*Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* (1997) UKHL 17] sintetizan con claridad la aproximación tradicional del Derecho inglés al *specific performance*:

“Specific performance is traditionally regarded in English law as an exceptional remedy, as opposed to the common law damages to which a successful plaintiff is entitled as of right [...] specific performance will not be ordered when damages are an adequate remedy” ⁶⁵².

⁶⁵⁰ STONE, R., *Modern Contract Law*, 5.ª ed., Cavendish Publishing, 2001, p. 454.

⁶⁵¹ Así, por ejemplo: ANDREWS, N., *Contract Law*, Cambridge University Press, UK, 2011, p. 530 y ss; CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 247 y ss.; FURMSTON, M., *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 15.ª ed., Oxford University Press, 2007, pp. 798-799; SAMUEL, G., *Law of Obligations and legal remedies*, 2.ª ed., Cavendish Publishing, 2001, p. 158 y ss; SMITH, S./ATYIAH, P. S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.ª ed., Oxford University Press, 2005, pp. 377-378; y TREITEL, G., *The Law of Contract*, 11.ª ed., Sweet and Maxwell (Thompson) 2003, p. 1019 y ss.

El lugar secundario del remedio de *specific performance* explica el limitado tratamiento que se le da a este remedio en los manuales de Derecho contractual inglés en comparación con el que se da al remedio de los *damages* [cfr. por ejemplo, CHARMAN, M., *Contract Law*, 4 ed., Willan Publishing, 2007, quien únicamente enumera el remedio de cumplimiento específico bajo el epígrafe “otros remedios”, para el caso en que el remedio de daños no sea “justo” (pp. 229-230); MULCAHY, L., *Contract Law in perspective*, 5.ª ed., Cavendish Publishing, 2008, quien apenas dedica una página a la descripción de este remedio (p. 209); o TURNER, Ch., *Contract Law*, 2.ª ed., Hodder Education, 2007, quien le dedica apenas un par de páginas (pp. 214 y 215).

⁶⁵² Este caso, relativamente reciente, aparece citado con frecuencia por la doctrina inglesa. Vuelvo sobre él un poco más adelante (véase *infra* [219]).

[194] La descripción de la forma en que opera el sistema de remedios frente al incumplimiento contractual es similar en el *Derecho estadounidense*. Así, por ejemplo, FARNSWORTH sostiene:

“[A]lthough the injured party can always claim damages for breach of contract, that party’s right to specific relief as an alternative is much more limited [...] the limits on specific relief [...] are peculiar to the common law and are unknown in other legal systems” ⁶⁵³.

Se trata esta de una opinión compartida por la mayoría de los autores estadounidenses ⁶⁵⁴, y de hecho, ha sido recogida en el REST. (2nd) CONTRACTS ⁶⁵⁵. Es más, es precisamente en la doctrina estadounidense en donde se puede hallar la afirmación más categórica en relación con el lugar secundario del cumplimiento específico en el *Common Law*. La hizo el juez O. W. HOLMES en 1882, quien afirmó:

“The remedy [of specific performance] is an exceptional one. The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference

⁶⁵³ FARNSWORTH, A., *Farnsworth on Contracts*, 3.^a ed., Aspen Publishers, 2010, v. 3, p. 162.

⁶⁵⁴ “It is generally recognized among contract scholars that the injured party’s expectation interest can be protected by either money damages or injunctive relief [...] [m]ost [scholars] also agree, however, that U.S contract law exhibits a strong preference for money damages, and the injunctive relief is available only in exceptional circumstances” (KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Kluwer Law International, 2010, p. 196).

⁶⁵⁵ REST (2ND) CONTRACTS § 359 (*Effect of Adequacy of Damages*): “(1) Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party”.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses”⁶⁵⁶.

Y en otro lugar, HOLMES afirmó:

“The duty to keep a contract in common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it,- and nothing else”⁶⁵⁷.

La interpretación de esta última afirmación de HOLMES como descriptiva de la preferencia por el remedio de daños en el *Common Law* (esto es, que el giro “*and nothing else*” significaría “no existe otro remedio”) es la más usual, y en este sentido, es todavía comúnmente citada⁶⁵⁸.

i. La idea que se desprende de ello –la de concebir el contrato como una opción entre “cumplir o pagar”– ha sido recogida por la doctrina del análisis económico del Derecho para sugerir que, en la medida que tal opción está determinada por la búsqueda de la eficiencia, la preferencia por el remedio de los *damages* implica

⁶⁵⁶ HOLMES, W. O., *The Common Law*, London, 1882, pp. 300-301.

⁶⁵⁷ HOLMES, W. O., “The Path of the Law”, *BULR*, v. 78, 1998, p. 702 (trabajo originalmente publicado en la *Harvard Law Review*, v. 10, 1897, p. 457 y ss.).

⁶⁵⁸ Sin embargo, esta interpretación de las palabras de HOLMES ha sido criticada, sosteniéndose que no se trata de una afirmación relativa al Derecho contractual, sino a la naturaleza del “deber” en sentido jurídico, y además, limitada al *Common Law* en sentido estricto (sin considerar la *equity*): desde esta perspectiva, la expresión “*and nothing else*”, contenida en la afirmación de HOLMES, significaría que la noción de deber no tiene ninguna otra connotación moral, teológica o de cualquier otro tipo [*cfr.* SMITH, L., “Understanding Specific Performance”, en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp. 222-224].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

que el ordenamiento jurídico promueve –correctamente– el incumplimiento del contrato en ciertos casos ⁶⁵⁹.

ii. Aunque la doctrina inglesa estima que la apreciación de HOLMES puede parecer exagerada, se admite que da cuenta de cómo funciona el sistema de remedios en la práctica ⁶⁶⁰.

[195] La preferencia por el remedio de los *damages* y el lugar secundario del *specific performance* se describe en los mismos términos en los que se ha expresado arriba en otros ordenamientos del *Common Law*, como por ejemplo, el australiano ⁶⁶¹, el canadiense ⁶⁶², y el neozelandés ⁶⁶³.

⁶⁵⁹ La justificación de la preferencia por el remedio de daños sobre la base de los postulados del análisis económico no es objeto de este estudio; sin perjuicio, para una aproximación a ello, véase, por ejemplo, KRONMAN, A. T., “Specific performance”, *UCLR*, v. 45, 1978, pp. 351-382; y SHAVELL, S., “Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis”, *Tex.L.R.*, v. 84, n. 4, 2006, pp. 831-876. Cabe destacar que el valor descriptivo de la afirmación de HOLMES, en el sentido de que el *Common Law* no reconoce un derecho al cumplimiento específico, no se pone en tela de juicio ni siquiera por quienes están a favor de que el cumplimiento específico tenga un lugar más relevante, o que deba incluso ser considerado el remedio preferente (en este sentido, por ejemplo, SCHWARTZ, A., “The Case for Specific Performance”, *YLR*, v. 89, 1979-1980, pp. 271-307).

⁶⁶⁰ Así, por ejemplo, CARTWRIGHT expresa: “[t]he English lawyer would not generally make such a strong statement. The primary obligation is seen as the obligation to perform”; pero inmediatamente agrega: “The way in which the remedies for breach of contract operate does in practice translate non-performance or defective performance into money-damages. The courts are reluctant to order a party to perform, and therefore the party in breach can in most cases pay damages rather than performing his obligations if he chooses” (*Contract Law*, p. 248). En un sentido parecido, SMITH/ATIYAH, *Introduction*, pp. 372-373 (también a partir de los postulados de HOLMES).

⁶⁶¹ Cfr. CARTER, J. W./PEDEN, E./TOLHURST, G. J., *Contract Law in Australia*, 5.^a ed., Butterworths (Lexisnexis), Australia, 2007, pp. 937-941; MONAHAN, G., *Essential Contract Law*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, Australia, 2001, p. 160. En el mismo sentido, MUSGRAVE, T., “Comparative Contractual remedies”, *UWALR*, n. 34, 2009, pp.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

[196] Lo dicho hasta ahora permite tener por cierta la afirmación de entrada: en el *Common Law*, el remedio del *specific performance* es un remedio “secundario” frente al remedio de los *damages*. Y la percepción de que ello contrasta con el reconocimiento del derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico en los ordenamientos de Derecho continental, es también una idea compartida por la doctrina jurídica del *Common Law*, aunque se sugiere que, posiblemente, la diferencia en la práctica no sea tan tajante⁶⁶⁴.

300-372 (ofreciendo una comparación de los remedios entre el Derecho australiano y el Derecho francés).

⁶⁶² Cfr. JUKIER, R., “Taking Specific Performance Seriously: Trumping Damages as the Presumptive Remedy for Breach of Contract”, en ROACH, K./SHARPE, R. (eds.) *Taking remedies seriously*, Canadian Institute for the Administration of Justice, Montreal, 2010, pp. 85-118; STACK, R., “A revised remedy: Trends and Tendencies in the Law of specific performance, since *Semelhago v. Paramadevan*”, *ARCLaR*, n. 6, 2000, p. 62.

⁶⁶³ Cfr. CUNCANNON, F., “The Case for specific performance as the primary remedy for Breach of contract in New Zealand”, *VUWLR*, 2004 (3) pp. 657-658.

⁶⁶⁴ En este sentido, BURROWS afirma que la preferencia por el remedio de daños en el Derecho inglés “contrasts with the position in civilian jurisdictions [...] where specific implement is the primary remedy”, aunque ineditamente agrega “although I suspect that the difference is not as clear-cut as it is often alleged to be” (*Understanding the Law of obligations*, p. 137). En términos muy similares, Lord Hoffman [*Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* (1997) UKHL 17]: “Specific performance is traditionally regarded in English law as an exceptional remedy [...] [b]y contrast, in countries with legal systems based on civil law, such as France, Germany and Scotland, the plaintiff is *prima facie* entitled to specific performance. The cases in which he is confined to a claim for damages are regarded as the exceptions [...] [i]n practice, however, there is less difference between common law and civilian systems than these general statements might lead one to suppose”.

En la doctrina estadounidense, en términos parecidos, FARNSWORTH: “[t]his strong preference [...] stands in sharp contrast to the preference of civil law system, those derived from the Roman Law, for specific performance” (*Farnsworth on Contracts*, p. 164).

2. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

a) La expresión “*specific performance*”

[197] En el *Common Law*, el remedio del *specific performance* consiste en una orden del tribunal dirigida a la parte que ha incumplido el contrato, para que ejecute la obligación personalmente en los términos pactados⁶⁶⁵, bajo la amenaza del uso de vías de coerción para el caso que no cumpla con lo ordenado⁶⁶⁶.

Sin embargo, la expresión “*specific performance*” admite dos acepciones. En un sentido amplio, “*specific performance*” se refiere a cualquier obligación, ya sea positiva o negativa, caso en el cual es sinónima de “*specific relief*”⁶⁶⁷. En un sentido restringido, el remedio del *specific performance* únicamente se refiere a las obligaciones positivas (a las de dar y a las de hacer), distinguiéndose de la vía o el remedio para obtener el cumplimiento de una obligación negativa (las de no hacer), que se denomina *injunction*.

⁶⁶⁵ Cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 251; también FRY, E., *A treatise on the Specific Performance of Contracts*, 5.ª ed., London/Toronto/Philadelphia, 1911, p. 2 (en relación con el Derecho inglés); y FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, p. 167, y KLASS, *Contract Law*, p. 211 (en relación con el Derecho estadounidense).

⁶⁶⁶ A la parte que ha incumplido se le puede considerar culpable de desacato al tribunal (*contemnor*), y en consecuencia, arriesga diferentes posibles sanciones: prisión, pago de multas, y secuestro o embargo de bienes, en su caso, seguido de su venta (cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 530).

⁶⁶⁷ El *Black's Law Dictionary* (2009) remite, en la voz o entrada “*specific relief*”, a “*specific performance*”. La voz “*relief*” significa lo mismo que “*remedy*”, aunque aquélla aparece más comúnmente cuando se trata de remedios “equitativos” (cfr. LANGDELL, C., *A brief Survey of Equity Jurisdiction*, 2.ª ed., Cambridge, USA, 1908, p. 19).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

La *injunction* es una orden dirigida a la parte incumplidora para que realice un determinado acto (por ejemplo, que destruya un muro que ha construido en contravención del contrato) o para que se abstenga de realizar un determinado acto (por ejemplo, celebrar o ejecutar un segundo contrato que implicaría incumplir el primero). La primera clase se denomina “*mandatory injunction*” y la segunda “*prohibitory injunction*” ⁶⁶⁸. Si bien la *injunction* no es propiamente una vía para obtener la ejecución forzosa de una obligación de hacer, puede, en ciertos casos, ser una vía indirecta para promover su cumplimiento ⁶⁶⁹.

La distinción entre el remedio del *specific performance* y la *injunction* puede ser bien ejemplificada con el conocido caso *Lumley v. Wagner* [(1852) EWHC Ch J96]: una cantante de ópera se había comprometido a realizar una serie de representaciones en un teatro, en exclusiva, por un tiempo determinado. Sin embargo, la cantante celebra otro contrato para cantar en un teatro distinto

⁶⁶⁸ Cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 251; FURMSTON, *Law of Contract*, p. 800 y ss.

Como se puede ver, la *injunction*, en cuanto tiende a obtener la satisfacción del acreedor en los términos originalmente pactados, es también una vía de “cumplimiento específico”, lo que explica que, en sentido amplio, la expresión *specific performance* abarque este remedio (cfr. OUGHTON, D./DAVIS, M., *Sourcebook on Contract Law*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, 2000, p. 519). La voz “specific performance”, en consecuencia, no permite distinguir este remedio (en sentido restringido) de otros remedios equitativos como la *injunction*. La idea de “specific” más bien destaca la diferencia que existe entre esta vía y la vía alternativa de la indemnización de daños, que es un remedio de cumplimiento “por equivalente” (cfr. FRY, *A treatise*, p. 2).

⁶⁶⁹ En efecto, si por alguna razón el cumplimiento específico de la obligación no puede ser directamente ordenado, la corte puede emitir una *negative injunction*, ordenando que la parte incumplidora evite ejecutar actos inconsistentes con el cumplimiento (cfr. KLASS, *Contract Law*, p. 211; FARNSWORTH, *Contracts*, p. 168). Sin embargo, esta posibilidad está limitada a otras reglas, como por ejemplo, que ello no tenga por efecto obligar a una persona a ejecutar un servicio personal (cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 520). Sobre la imposibilidad de obtener el cumplimiento específico en los contratos de servicios personales, véase *infra* [222]).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

durante el mismo período. En el caso, el tribunal no ordena a la cantante cumplir con su obligación de cantar derivada del primer contrato (*specific performance*), sino que le prohíbe cumplir con el segundo contrato (*injunction*)⁶⁷⁰.

La precisión sobre el significado de la expresión *specific performance* resulta importante, sobre todo desde la perspectiva de un estudio comparado. En el Derecho continental, expresiones tales como “cumplimiento específico”, “ejecución *in natura*” y “cumplimiento forzoso de forma específica”, se refieren tanto a las obligaciones positivas (dar y hacer) como a las negativas (no hacer). Y además –y esto es más relevante– hay que considerar que, como remedio frente al incumplimiento, dichas expresiones son utilizadas para indicar el hecho de que el acreedor recibe en especie la prestación debida, *no únicamente cuando la ejecuta el propio del deudor, sino también cuando se obtiene a través de la actuación del tribunal o incluso, de un tercero*⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Otro famoso caso es *Warner Bros v. Nelson* [(1937) 1 KB 209]: la actriz Bette Davis había firmado un contrato en exclusiva con Warner Bros., contrato que incumplió celebrando otro contrato para filmar una película para una compañía inglesa. También en este caso se concedió una *injunction*, prohibiendo a la actriz cumplir con el segundo contrato. En este caso, al igual que en *Lumley v. Wagner*, existía una cláusula expresa de exclusividad (por tanto, una obligación contractual de no hacer). Un análisis de estos dos casos aquí citados, y de otros similares, en TANNENBAUM, D., “Enforcement of Personal Service Contracts in the Entertainment Industry”, *CLR*, v. 42, 1954 (1), pp. 18-27.

⁶⁷¹ Cfr. BEALE *et al.*, *Contract Law*, p. 840; y ROMERO, L., “Specific performance of contracts in comparative law: Some preliminary observations”, *LCdD*, v. 27, 1986 (4), pp. 788-789, con especial referencia al Derecho francés y al de Quebec.

En la doctrina española, ESTEBAN DE LA ROSA/GÓMEZ VALENZUELA, explican que es importante diferenciar la expresión “cumplimiento específico” (término que –expresan– deriva del *specific performance* del *Common Law* y que pone el acento en la posibilidad de ordenar al demandado que cumpla) de la expresión “cumplimiento *in natura*”, que sería la denominación más adecuada para referirse a los sistemas de

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

b) El término “*damages*”

[198] En el contexto del incumplimiento contractual, el remedio de los *damages* (literalmente “daños”) se refiere a la compensación monetaria que el tribunal otorga a la parte no incumplidora. Es, por oposición al *specific relief* o *specific performance* en sentido amplio, un *substitutionary relief*⁶⁷².

Derecho continental. Destacan estas autoras que en el Derecho continental suele considerarse que existe ejecución *in natura* en la medida que el acreedor obtiene en especie la promesa contractual, aunque no sea del demandado, “sino también por un tercero, por un oficial de justicia o, incluso, por el propio demandante a expensas del demandado (deudor)” [ESTEBAN DE LA ROSA, G./GÓMEZ VALENZUELA, E., “La acción de cumplimiento específico en la contratación internacional” en SÁNCHEZ LORENZO, S. (coord.) *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Navarra, 2013, p. 1600]. En el mismo sentido, MORALES MORENO: “[s]on medidas de cumplimiento todas las que se dirigen a procurar la satisfacción del acreedor ejecutante, de modo directo o indirecto”, incluyendo entre ellas no sólo “las orientadas a lograr el cumplimiento del deudor en los propios términos”, sino también “las que se dirigen a lograr la satisfacción *in natura* del acreedor ejecutante, sustituyendo la actividad del deudor por la del juez o la de otro sujeto, con cargo al deudor” (*La modernización*, p. 89).

Sobre la explicación histórica de esta noción de *specific performance* en el *Common Law*, entendida como una *orden dirigida al deudor*, trato un poco más adelante (véase *infra* [204] y ss; y en especial [209]). El siguiente capítulo trata del derecho al cumplimiento específico en el Derecho continental.

⁶⁷² En efecto, se trata de daños “*in substitution of*”, es decir, daños en sustitución o en lugar del cumplimiento [s. 50 *Senior Court Act 1981* de UK (*Power to award damages as well as, or in substitution for, injunction or specific performance*): “Where the Court of Appeal or the High Court has jurisdiction to entertain an application for an injunction or specific performance, it may award damages in addition to, or in substitution for, an injunction or specific performance”]. La doctrina utiliza también la expresión “*damages in lieu of specific performance*” (v. gr. SAMUEL, *Law of Obligations*, p. 146). Es posible, lógicamente, que se ordene el cumplimiento específico del contrato y además una indemnización de daños, ya que la ejecución *in natura*, aunque sea posible, no satisfará al acreedor, porque la prestación no se obtiene en el momento en que era debida (cfr. LANDGELL, *A brief Surrey*, p. 43).

Lo que se busca con este remedio es dejar a la parte no incumplidora en la situación *en la que se encontraría de haberse cumplido el contrato*⁶⁷³. La medida de estos daños se calcula sobre la base del beneficio que el contrato le confería a la parte –“*loss of bargain*”–, aunque no se trata de todo potencial beneficio, sino únicamente de aquello que, en virtud del contrato, el acreedor *podía razonablemente esperar*. De ahí que a la medida de estos daños se les denomine “*expectations damages*”⁶⁷⁴.

Los *expectations damages* se distinguen de otros daños que, si bien se conceden excepcionalmente en caso de incumplimiento contractual, no están orientados a proteger el interés del acreedor en el cumplimiento del contrato, sino que buscan dejar al acreedor *en la misma posición en la que se encontraría de no haberse celebrado el contrato*. Éstos se denominan “*reliance damages*”⁶⁷⁵.

⁶⁷³ Las palabras de Lord Nicholls of Birkenhead, en *Attorney General v. Blake and Another* [(2000) UKHL 45], ilustran con claridad el punto: “[t]he basic remedy is an award of damages [...] the rule of the common law is that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same position as if the contract had been performed [...] Leaving aside the anomalous exception of punitive damages, damages are compensatory. That is axiomatic”.

⁶⁷⁴ La denominación de estos intereses fue acuñada en la doctrina estadounidense [se debe al conocido trabajo de FULLER, L./PERDUE, W., “The reliance interest in contract damages”, *YLJ*, v. 46, 1936, pp. 52-96 (parte 1) y pp. 373-420 (parte 2)]. Sin embargo, es terminología utilizada también por la doctrina inglesa (cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 519; CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 262; SAMUEL, *Law of Obligations*, pp. 195-203; STONE, *Modern Contract Law*, pp. 431-440).

⁶⁷⁵ Sobre la posibilidad de reclamar los *reliance damages*, en caso de incumplimiento contractual, RICHARDS explica: “[t]he circumstances in which a party claims reliance loss may arise where the profits that they hope will materialise from the contract are too speculative or uncertain. In such circumstances the injured party may find it simpler and safer to claim any expenses incurred in performance of the contract” (RICHARDS, P., *Law of contract*, 9.^a ed., Pearson/Longman, Essex, 2009, p. 388).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

Por lo dicho, si en el estudio de la preferencia del remedio de *damages* sobre el *specific performance* se traduce “*damages*” por “indemnización de perjuicios”, hay que considerar que con ello se está haciendo generalmente referencia al *cumplimiento por equivalente* de la prestación, y no a toda pretensión indemnizatoria que pueda tener base en el incumplimiento del contrato. Esto se relaciona estrechamente con el concepto más o menos amplio que se tenga del “incumplimiento contractual”, como se verá a continuación.

c) La noción de “*breach of contract*”

[199] En el *Common Law*, tanto el remedio del *specific performance* como el remedio de los *damages* operan en el caso que exista un *breach of contract*. La noción de *breach of contract* incluye tanto la falta de ejecución como los supuestos de ejecución defectuosa o tardía. Sin embargo, *no comprende* los supuestos en los que, como consecuencia de eventos imprevistos y fuera del control de las partes, se ha frustrado el propósito del contrato, o su cumplimiento se ha vuelto imposible, o su cumplimiento implicaría un cambio radical en los términos originales del contrato. En estos casos, el deudor *queda liberado de su obligación*, y en consecuencia, no puede contarse con el remedio del *specific performance* ni con el remedio de los *damages*. Dicho de otro modo, el deudor no es responsable del incumplimiento⁶⁷⁶. Ahora bien, *esto no*

⁶⁷⁶ Para una presentación de estos supuestos, tratados bajo la denominación de *frustration*, de *impossibility* y de *impracticability* véase, en relación con el Derecho inglés, CARTWRIGHT, *Contract Law*, p 235 y ss. [y considérese que algunos aspectos relativos a sus efectos han sido objeto de regulación en la *Law Reform (frustrated contracts) Act 1943*]; y en relación con el Derecho estadounidense, KLASS, *Contract*

*quiere decir que el acreedor no pueda recuperar el precio (o la parte del precio) que ha pagado; lo que ocurre es que tal pretensión restitutoria no se considera un remedio frente al incumplimiento (breach of contract), sino una aplicación del principio del enriquecimiento injustificado, que en el Common Law no se trata a propósito del Contract Law, sino del Law of restitution*⁶⁷⁷.

Law, p. 184 y ss. [y considérese que la doctrina se encuentra recogida en el REST (2ND) CONTRACTS, §261 - §272 y en el UCC s. 2-615]. Por último, para un estudio de Derecho comparado sobre el efecto del cambio de circunstancias en la posibilidad de exigir el cumplimiento de los contratos, véase MOMBERG, R., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Intersentia, Antwerp (Bélgica) 2011 (con una exposición de estas doctrinas en el *Common Law*, p. 139 y ss.).

Por otro lado, hay que tener presente que la distinción entre *breach of contract* y *frustration* no siempre es clara, porque, en definitiva, se trata de una cuestión de interpretación del contrato: supone determinar si puede decirse o no que el deudor haya asumido el riesgo de que suceda dicho evento. En este sentido, las palabras de SMITH/ATIYAH, son elocuentes: "Frustration must obviously be distinguished from breach of contract: if the performance of the contract is rendered impossible by the fault of either party, that party will be guilty of breach of contract and have to pay damages to the other party [...] [b]ut there are cases in which it is difficult to draw the line between genuine frustration and breach because it is not clear what meaning is to be given to «fault» in this connection" (*Introduction*, p. 186). En todo caso, la doctrina de la *frustration* es de aplicación muy restrictiva, de modo que, en principio, la falta de ejecución del contrato se mira como *breach of contract* (cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, pp. 239-241).

⁶⁷⁷ Estas pretensiones restitutorias se encausan en una demanda de daños, y por tanto, ellas configuran una tercera categoría de daños, frente a las otras dos ya mencionadas (*expectations damages* y *reliance damages*): los *restitutionary damages*. Los *restitutionary damages* deben, por tanto, distinguirse de los anteriores tipos de daños. RICHARDS lo explica en estos términos: "it is also possible to claim for the recovery of a benefit received by the defendant from the unperformed contract. Such claims are based in restitution [...] [c]laims in restitution are conceptually different from those for damages for breach of contract [se refiere a los *expectations damages*] since the aim is to place both the parties in the same position that they were in *before* the contract had been entered into, that is, as if the contract had not been made. *It should be noted that restitution is not the same as claims for reliance loss* either since, while the intention in the latter is to compensate for losses sustained before the contract was entered into, it is only intended to return the plaintiff to the pre-contract

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

Así, el concepto de *breach of contract*, aun cuando pueda traducirse como “incumplimiento del contrato”, no se corresponde con la moderna noción de “incumplimiento de contrato” que viene proponiendo un sector de la doctrina española⁶⁷⁸: si bien el *breach of contract* es una noción “amplia” (en el sentido que engloba tanto la falta de ejecución, como los supuestos de ejecución imperfecta y tardía), no es un concepto “neutro” desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor.

III. LA PREFERENCIA POR EL REMEDIO DE *DAMAGES* Y EL CARÁCTER SECUNDARIO Y DISCRECIONAL DEL *SPECIFIC PERFORMANCE*. UNA BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA

[200] El lugar secundario que se atribuye al remedio del *specific performance* frente al remedio de los *damages* se explica, en buena medida, porque aquél es un remedio “*equitable*”⁶⁷⁹. Con ello se está haciendo referencia a su origen histórico: el *specific performance* es un remedio creado por la *Equity*. La exposición que sigue tiene por objeto dar cuenta de este origen histórico⁶⁸⁰.

position and not the defendant, and the latter may be left in a significantly worse position than before” (RICHARDS, *Law of contract*, pp. 389-390).

⁶⁷⁸ Sobre esta moderna noción de incumplimiento –“amplia” y “neutra”– véase, por ejemplo, MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato*, p. 30; y MORALES MORENO, *Modernización*, p. 29 y ss. (especialmente, p. 33 y ss., en relación con la absorción de la doctrina del riesgo en la noción de incumplimiento)].

⁶⁷⁹ *Cfr.* la afirmación de STONE, transcrita *supra* [193].

⁶⁸⁰ No está de más decir que esta base histórica del *specific performance* es compartida por los demás ordenamientos que pertenecen al *Common Law*, lo cual es debido a la expansión colonial de Gran Bretaña, y a la consecuente implantación/recepción de su Derecho en los distintos territorios que estuvieron bajo su influencia. Para una

1. EL *COMMON LAW* Y EL SURGIMIENTO DE LA *EQUITY*

[201] Como es sabido, el origen del *Common Law* inglés se sitúa temporalmente en la segunda mitad del siglo XI, tras la conquista normanda (1066), con el surgimiento de las cortes reales, las *king's courts*⁶⁸¹.

Tras la conquista normanda, se pone en marcha un proceso de unificación y centralización territorial, que lógicamente también incide en el Derecho y en la forma de administración de Justicia. El origen de las *king's courts* se sitúa en este contexto: los primeros jueces son miembros del Consejo real, que viajaban a través del país, revisando la actuación de las cortes locales. Las *king's courts*, una vez establecidas como tribunales autónomos, buscaron, con el fin de resolver con criterios similares en todo el territorio, lo que había “de común” en el Derecho consuetudinario aplicado por las distintas cortes locales. De

síntesis de la formación del *Common Law* (en sentido amplio, como sistema jurídico), y particularmente, sobre su extensión a otros territorios, véase, por ejemplo, MORINEAU, M., *Una introducción al Common Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004 (los capítulos 2 y 3); DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas*, p. 211 y ss.; o ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction*, p. 219 y ss.

⁶⁸¹ A pesar de que existen notables diferencias entre el *Common Law* inglés –que comienza a surgir, sobre todo, a partir del siglo XII– y el Derecho anterior (el Derecho “anglo-sajón” o también denominado el “Derecho de Eduardo”, por Eduardo el Confesor, cuya muerte dio origen a la guerra de conquista), estudios recientes sugieren que ente los primeros reyes normandos interesó mantener la continuidad del Derecho, y que el proceso de cambio es más bien de “evolución” que de “revolución” (cfr. THOMAS, H., *The Norman Conquest: England After William the Conqueror*, Rowman and Littlefield Publishers, Maryland, USA, 2008, p. 84 y ss.).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

ahí la denominación de este Derecho como “*common law*”, y por extensión, a estos tribunales como “*common law courts*”⁶⁸².

Aunque las *king's courts*, y el Derecho “común” que ellas aplicaban, terminaron por desplazar a las diversas cortes locales y al derecho consuetudinario, no se trató de un ataque frontal, sino de un proceso natural⁶⁸³. De hecho, en un comienzo su intervención era excepcional: el interesado debía solicitarla al rey, quien, a través de la cancillería, emitía una orden dirigida a la autoridad competente para que resolviera el asunto⁶⁸⁴. Dicha orden se denominaba “*writ*”⁶⁸⁵. La paulatina estandarización de estos *writs* dará forma al sistema de acciones conocido como “*Forms of actions*” o “*Writ system*”, una de las

⁶⁸² Sobre el proceso de unificación, luego de la conquista normanda, y en particular, sobre el surgimiento de las *king's courts*, véase VAN CAENEGEM, R. C., *The Birth of the English Common Law*, 2.^a ed., Cambridge University Press, 1988, pp. 1-28; MAITLAND, F. W./MONTAGUE, F., *A sketch of English Legal history*, New York, 1915, p. 26 y ss.; y BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4.^a ed. Butterworths, 2002, pp. 12-34.

⁶⁸³ Según ZWEIGERT/KÖTZ, ello se debió no sólo al prestigio y autoridad de los jueces reales, sino también porque el procedimiento de las cortes reales era más moderno (*An Introduction*, pp. 183-184).

⁶⁸⁴ Cfr. MOURINEAU, *Una introducción al Common Law*, pp. 15 y 16; DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Los grandes sistemas*, pp. 215-216.

⁶⁸⁵ Originalmente, “*writ*” designaba cualquier documento oficial escrito, ordenando, prohibiendo o notificando algo [*Black's Law Dictionary* (2009): “*writ*”]. De hecho, “*writ*” significa literalmente “escrito”: es una forma arcaica del participio del verbo “*to write*” [PARTRIDGE, E., *Origins: A Short Etymological Dictionary of Modern English*, Routledge, 5.^a ed., 1977]: “*writ*”]. Los *writs* eran utilizados por la monarquía anglosajona, pero como instrumento jurídico, su desarrollo se debe a los normandos (cfr. VAN CAENEGEM, *The Birth*, pp. 30-31). Con el tiempo, adquirió la significación anotada: la de una orden para instruir un proceso judicial (cfr. ZWEIGERT/KÖTZ, *Comparative Law*, p. 184).

características más importantes del Derecho medieval inglés, y que fue abolido recién en el siglo XIX ⁶⁸⁶.

[202] El sistema de acciones –“*Forms of actions*”–, aunque inicialmente bien recibido, con el tiempo comenzó a mostrar una *serie de limitaciones*.

Una de las principales limitaciones era su *excesiva rigidez*. Y es que, si bien el desarrollo inicial de este sistema estuvo marcado por la creación de un *writ* para cada uno de los derechos o intereses que eran reconocidos por los tribunales, este proceso se detuvo en la segunda mitad del siglo XIII. Desde entonces, las *common law courts* no admitieron ningún reclamo que no pudiera ser encajado en alguna de las *forms of actions* o *writs* ya existentes ⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Sobre este sistema de acciones, véase MAITLAND, F. W., *The Forms of action at Common Law. A Course of Lectures*, 1909 (reimpresión por Cambridge University Press, UK, 1997, editado por CHAYTOR, A. H./WHITTAKER, W. J.); y PLUCKNETT, T., *A Concise History of the Common Law*, 5.^a ed., The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001 [reimpresión de la 5.^a ed. originalmente publicada por Little, Brown and Co., Boston, 1956], pp. 353 y ss. Para una exposición más resumida MAITLAND/MONTAGUE, *A sketch*, p. 90 y ss.

⁶⁸⁷ Cfr. MAITLAND, *The forms of action* (particularmente, pp. 1-5); y VAN CAENEGEM, *The Birth*, p. 29 y ss.

La mentada limitación a la creación de nuevos *writs* fue consecuencia del *Statute of Westminster II*, de 1285 (cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, pp. 3-8; ELLIOT, C./QUINN, F. *English Legal System*, Pearson Longman, 10.^a ed., 2009, pp. 115-122). La principal causa de esta limitación es la molestia que generaba en los barones la emisión constante de nuevos *writs*, lo que implicaba la existencia de un mayor número de leyes, en cuya creación ellos no habían tenido parte (cfr. ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction*, p. 185). La limitación se encuentra en el Capítulo 24 del mentado estatuto; aunque éste preveía un procedimiento regular para la creación de nuevos *writs*, es claro que los funcionarios de la cancillería no consideraron que el estatuto les diera amplios poderes para crear nuevas *forms of actions* [cfr. PLUCKNETT, *A Concise History*, pp. 28-29 (con reproducción del texto del Capítulo 24 del estatuto)].

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

Otra importante limitación era que el *common law* no reconocía derechos sobre bienes distintos del de propiedad, como por ejemplo, el derecho a usar o disfrutar de un bien determinado. Esta limitación explica el origen de una de las instituciones que, se dice, es una de las más características del Derecho anglosajón, el *trust*⁶⁸⁸.

Otra limitación, que interesa particularmente destacar aquí, recaía en los *remedios* que otorgaban las *common law courts*. En este sistema, el litigante, que obtenía una sentencia favorable, tenía únicamente derecho a obtener una indemnización de daños (*damages*). Sin embargo, la indemnización de daños no siempre era un remedio adecuado. Esta limitación del *common law* resulta muy relevante en el contexto de este trabajo, pues está estrechamente conectada con la

⁶⁸⁸ Para ilustrar el problema que suponía la falta de reconocimiento por parte del *common law* de otros derechos sobre los bienes, distintos de los de propiedad, suele ponerse el caso de un caballero que parte a las cruzadas, y que quiere proteger sus bienes y asegurar que su esposa e hijos disfruten de ellos en su ausencia. Estos beneficiarios (la mujer y sus hijos) carecían de capacidad para ser titulares de dichos bienes, por tanto, la única solución era que el caballero dejase sus bienes a una persona de su confianza (de ahí el nombre, *trust*), para que los administrase *en beneficio de sus familiares*. El *common law* no reconocía ningún derecho a los beneficiarios, y la *equity* vino a llenar ese vacío, reconociendo el valor del *trust* [cfr. por ejemplo, BRAY, J., *A student's guide to Equity and Trust*, Cambridge University Press, 2012, p. 3; y STOCKWELL, N./EDWARDS, R., *Trusts and Equity*, 7.^a ed., Pearson Education Limited, 2005, p. 6].

En todo caso, que el *trust* sea una institución característica de los ordenamientos del *Common Law*, como suele entenderse, es una apreciación que, en palabras de ZIMMERMANN, "hoy precisa ser revisada", pues, como muestra este autor, existieron muchas instituciones similares al *trust* en la Edad Media en el continente europeo, y que ellas "dependieron de manera asombrosa del Derecho romano [el que] no había desarrollado, es cierto, un concepto unitario y abstracto de *trust*, pero había reconocido determinadas formas de fiducia y de cargos de confianza" (ZIMMERMANN, R., *Europa y el Derecho romano*, Estudio introductorio y traducción de Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 82-85).

creación del remedio del *specific performance*, como se verá inmediatamente.

[203] Pues bien, la injusticia que generaban esas y otras limitaciones ⁶⁸⁹, llevaron a las personas a presentar sus casos directamente al rey, quien los escuchaba, y resolvía en ejercicio de su poder discrecional, considerando las circunstancias del caso. La atención de estas peticiones fue siendo delegada, paulatinamente, en el *Chancellor*, dando origen así a la *Chancery court*. Este tribunal no resolvía de acuerdo con las estrictas reglas del *common law*, sino conforme a las “*rules of equity and good conscience*”. De ahí la denominación de “*equity*” a la jurisdicción a la que dio lugar, y por extensión, a los tribunales como *equity courts* ⁶⁹⁰. Con el tiempo, la

⁶⁸⁹ Adicionalmente, la jurisdicción de estos tribunales comenzó a percibirse como lenta, muy técnica y cara (cfr. SLAPPER, G., *How the Law works*, 2.^a ed., Routledge, UK, 2011, p. 129). Si el demandante escogía mal el *writ* que mejor se adaptaba a su pretensión, podía desestimarse la demanda; y la elección entre los diferentes *writ* no era fácil, debido a su creciente número. Además, cada *writ* tenía su propias reglas de procedimiento (cfr. ZWEIFERT/KÖTZ, *An Introduction*, p. 187).

⁶⁹⁰ Cfr. ELLIOT/QUINN, *English Legal System*, pp. 3-8; y CARTWRIGHT, *Contract Law*, pp. 3-8.

Es interesante notar que este sistema de acciones, marcado por la necesidad de elegir un *writ* determinado, recuerda al sistema formulario del Derecho romano; y es igualmente llamativa la similitud entre el surgimiento de la *Equity* y actividad del pretor. En este sentido, se ha afirmado que la *Chancery court* “procedía bajo la teoría, tal y como lo hiciera el *peregrine praetors* con los extranjeros en el derecho romano, de que los principios de derecho natural no formaban parte del sistema legal. No obstante, éstos debían ser aplicados por la autoridad civil, por lo menos en ciertas situaciones excepcionales, cuando el sistema legal en cuestión no proporcionara remedio de ninguna especie, o en el mejor de los casos, uno inadecuado” (BROWN, B., “La equity en el derecho de los Estados Unidos de América”, *BMDC*, n. 21, 1974, pp. 26-27), aunque es claro que no se puede hablar de recepción del Derecho romano (sobre el punto, véase BUCKLAND/McNAIR, *Roman Law and Common Law*, pp. 3-6; y también PÉREZ RAGONE, A., “«Writ» y «Actio» en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval”, *REHJ-PUCV*, n. 29, 2007, pp. 333-356). En todo caso, a pesar de las semejanzas, se ha puesto de relieve que la lógica con que operan ambos sistemas

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

equity fue adquiriendo importancia, y comenzó a considerarse un sistema separado de Derecho, que complementaba y llenaba los vacíos del *common law* ⁶⁹¹. Esa doble estructura judicial (*common law courts* - *equity courts*) subsistirá hasta el siglo XIX ⁶⁹².

2. EL ORIGEN DEL REMEDIO DEL *SPECIFIC PERFORMANCE*

[204] Suele afirmarse que la orden de *specific performance* (como también el remedio de la *injunction*) es una respuesta a la insuficiencia del único remedio que concedía el *common law* en caso de incumplimiento contractual: el remedio de los *damages*⁶⁹³. Tal afirmación plantea varias preguntas, todas estrechamente conectadas:

es distinta: la fórmula romana supone un importante desarrollo del derecho sustantivo, mientras que en el sistema del *Common Law*, como se ha visto, se terminó por entender que un reclamo sólo era admisible si se fundaba en un *writ* determinado [cfr. WATSON, A., "Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development", *LLR*, v. 36, 1990(2), especialmente, pp. 253-258].

⁶⁹¹ BRAY, *Equity and Trust*, p. 4. Puede resultar difícil comprender que una determinada clase de jurisdicción pueda entrar en el conocimiento de asuntos que corresponden a otra; sin embargo, ello se entiende si se considera el hecho de que "*the jurisdiction of equity is a prerogative jurisdiction [...] it is exercised in legal contemplation by the sovereign, who is the fountain from which all justice flows, and from whom, therefore, all courts derive their jurisdiction*" (LANDGELL, *A brief survey*, pp. 23-24). Para una presentación sobre el origen y evolución de la *Court of Chancery* y la *Equity*, véase BAKER, *An Introduction*, pp. 97-115.

⁶⁹² Sobre ello, *infra* [210]

⁶⁹³ Cfr. por ejemplo, CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 250; y ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction*, pp. 189-190.

En cuanto al momento en que surge el remedio del *specific performance*, existen testimonios que apuntan a que ya se solicitaba y concedía a mediados del siglo XV, aunque las órdenes de cumplimiento específico se hicieron más comunes a comienzos del siglo XVI (sobre el punto, véase, WATERMAN, T., *A practical treatise on the law relating to specific performance of contracts*, New York, 1881, pp. 3-4).

i) ¿por qué las *common law courts* únicamente concedían el remedio de *damages*?; ii) ¿por qué el remedio de *damages* podía considerarse insuficiente o inadecuado?; y iii) ¿por qué –y en qué medida– la *equity* podía suplir esa insuficiencia? A continuación, intentaré ofrecer una respuesta a dichas preguntas.

[205] Una posible razón de que las *common law courts* únicamente concedieran el remedio de *damages*, es que se trataba de una solución práctica, adaptada a los requerimientos del comercio, cuyo desarrollo está íntimamente ligado al desarrollo del Derecho contractual. En este punto, vale la pena reproducir las palabras de FRY:

“[T]he introduction into jurisprudence of any provision for enforcing contracts [was slow] [...] that introduction was due to the increase of commercial activity. The same spirit of commerce which led to the enforcement of contracts, also brought in the notion that money is an equivalent of everything – is an universal measure: and this, coupled with the simplicity of early contracts and the difficulty attendant on the specific performance of complicated ones, probably led to the arrested growth of the remedies for their breach and the confining of such remedies for the most part to the payment of money or the delivery of a chattel” ⁶⁹⁴.

[206] Ahora bien, para entender porqué la vía de satisfacción mediante el remedio de los *damages* podía ser, en más de algún caso, insuficiente o inadecuada, resulta necesario considerar cuál era la

⁶⁹⁴ FRY, *A treatise*, pp. 4-5 (guión inicial, sin guión final, del original).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

forma de coacción de las *common law courts*. Tras la sentencia, el tribunal dirigía una orden al *sheriff*, para que éste tomara por la fuerza el dinero o los bienes de la parte vencida, a fin de que fueran entregados al litigante vencedor, o bien para ser vendidos con el fin de pagarle con el producto de la venta⁶⁹⁵. La debilidad del remedio es evidente: la satisfacción de la parte vencedora dependía de que el *sheriff* pudiera efectivamente encontrar el dinero o los bienes, y hacerse con ellos⁶⁹⁶.

[207] Lo que se acaba de indicar sugiere matizar, en cierto sentido, la afirmación de que en las *common law courts* no fuera posible obtener nada más que una indemnización de daños (*damages*). Como se puede observar, hay casos en los que el resultado, mirado desde el punto de vista del acreedor, se acerca al del remedio del *specific performance*. Esto es lo que ocurre en los casos en los que la obligación consistía en pagar una suma de dinero (*actio in debt*), o en los que consistía en la entrega de determinados bienes (*actio in detinue*)⁶⁹⁷. La razón para no incluir estos supuestos dentro del grupo de casos en los que se reconoce el *specific performance* (como remedio frente al incumplimiento contractual), no es sólo el limitado alcance de la expresión (en estos casos, aunque se puede decir que el acreedor obtiene lo debido *in natura*, no se le ha ordenado directamente al deudor cumplir con la prestación), sino que, además, el hecho de que *en la base de dichos reclamos está más bien la detentación injustificada de la propiedad*, no el incumplimiento de una obligación contractual. En

⁶⁹⁵ Cfr. LANDGELL, *A brief survey*, p. 23; FARNSWORTH, *Contracts*, p. 162.

⁶⁹⁶ Cfr. LANDGELL, *A brief survey*, p. 23.

⁶⁹⁷ Una exposición de estos casos en FRY, *A treatise*, p. 5 y ss.

efecto, la mayoría de los *writs* que podían ser usados en el marco de relaciones comerciales pueden ser considerados como acciones *in rem*, es decir, acciones que estaban dirigidas a recuperar la propiedad, incluyendo la *actio in debt* ⁶⁹⁸.

Lo que se acaba de decir permite comprender porqué, en la actualidad, la *actio in debt*, también llamada *action for an agree sum* (que es aquella por la que se pretende la entrega de una suma de dinero debido, por ejemplo, el precio de un contrato o *action for the price*) no se pueda considerar propiamente un supuesto de *specific performance*. Si bien en cierto sentido la *actio in debt* se asemeja al cumplimiento *in natura* (porque, a diferencia de una acción de daños, en la *actio in debt* no es necesario probar el daño), la *actio in debt*, a diferencia del remedio del *specific performance*, no está sujeta a la discrecionalidad del tribunal, está siempre disponible, y no se ordena pagar bajo apercibimiento de desacato al tribunal ⁶⁹⁹.

Tratándose de la orden de entregar bienes muebles –la *actio in detinue*– la lógica *también es propietaria*: así, si A celebraba un contrato con B en virtud del cual éste debía entregar un bien a A, a cambio de una suma de dinero, y A pagaba y B no entregaba el bien, A podía entonces exigir la entrega de dicho bien, pero no alegando el incumplimiento contractual, sino alegando que el

⁶⁹⁸ Cfr. EVERS, W., "Towards a reformulation of the law of contracts", *JLS*, v. 1, 1977(1), p. 4.

⁶⁹⁹ Cfr. SMITH/ATIYAH, *Introduction*, p. 388; ANDREWS, *Contract Law*, p. 523. No obstante, no es extraño encontrar la afirmación de que "el common law did not specifically enforce contractual obligations except those to pay money" (cfr. TREITEL, *The Law of Contract*, p. 1019).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

contrato se había ejecutado, y por tanto, que el bien era suyo y que B lo retenía injustificadamente ⁷⁰⁰.

[208] Como se ha dicho antes, la *preferencia* por el remedio de los *damages* puede ser explicada, como sugiere FRY, por una lógica de mercado, que ve en el dinero un sustituto adecuado para todo. Pero existe, además, una explicación puramente histórica para esta preferencia. Y es que, sin perjuicio de que el incumplimiento de un acuerdo podía ser la base de una acción *in debt* o *in detinue*, no era extraño que los reclamos basados en incumplimiento “contractuales” se encausaran como supuestos de *wrongs* o *trespass* (en términos actuales, como pretensiones “extracontractuales”). En estos casos, el demandante no reclamaba el cumplimiento de la prestación, sino una suma (ilíquida) de dinero, por el daño que le había ocasionado la actuación del demandado ⁷⁰¹.

[209] Por último, hay que considerar que, ante la insuficiencia o inadecuación del remedio de los *damages* del *common law*, la *equity*

⁷⁰⁰ Cfr. FRY, *A treatise*, p. 8; FARNSWORTH, *Contracts*, p. 162.

⁷⁰¹ Cfr. IBBETSON, D. J., “Fault and absolute liability in pre-modern contract law”, *JLH*, v. 18, n. 2, 1997, pp. 1-3. El estudio que el autor realiza sobre estos juicios durante el siglo XIII, le permite concluir que no es extraño ver que se reclama, en sede “extracontractual” (*tort*), el hecho de que el incumplimiento del contrato por el deudor ha generado deshonor o vergüenza al acreedor (víctima), vinculando la pretensión de resarcimiento a la antigua acción de *trespass*, acción que tenía por objeto la compensación por las *pérdidas sufridas* (aun cuando los daños se calcularan por referencia a las expectativas pérdidas). Sobre la acción de *trespass*, véase BAKER, *An Introduction*, p. 60 y ss. El Derecho contractual del *Common Law* se desarrolla posteriormente, precisamente a partir del *writ of assumpsit*, que es una forma de *trespass* (para una síntesis sobre ello, en conexión con el remedio de cumplimiento específico, véase ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, p. 776 y ss.; y BAKER, *An Introduction*, p. 329 y ss.).

ofrecía una alternativa, porque la vía de coacción de estos tribunales era diferente a la de las *common law courts*. En efecto, la ejecución de las sentencias de las *courts of equity* tomaron, desde un comienzo, la forma de una orden dirigida directamente al demandado, ordenándole hacer o no hacer algo, bajo apercibimiento de sancionarle con multas, con la toma de sus bienes o incluso con prisión, debido en una parte importante, a la influencia del Derecho canónico ⁷⁰².

IV. EL SIGNIFICADO ACTUAL DEL CARÁCTER “EQUITABLE” DEL REMEDIO DEL *SPECIFIC PERFORMANCE*. LAS BARRERAS AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

[210] Lo primero que hay que tener presente, es que esa doble estructura judicial (*common law courts* - *equity courts*) ha sido casi completamente abandonada en los países del *Common Law* ⁷⁰³.

⁷⁰² Esta vía de coacción –una orden dirigida directamente al deudor– tendría su origen en la jurisdicción canónica, cuya influencia sería explicada debido a que los primeros cancilleres eran clérigos (cfr. FARNSWORTH, *Contracts*, p. 163). Según LANGDELL, los primeros cancilleres se enfrentaron a un problema similar al de las cortes eclesiásticas, y la solución adoptada es similar: la jurisdicción canónica únicamente tiene poder “espiritual”, y por tanto, tiene que obtener el cumplimiento de sus sentencias por parte del propio condenado, bajo la amenaza de sanciones religiosas (como la excomunión); de forma similar, la *equity* tenía únicamente un poder “físico”, y no tenía poder legal y, en consecuencia, aunque podía, por ejemplo, tomar bienes del deudor por la fuerza, ello no afectaba al título de propiedad, siendo, por tanto, una solución insatisfactoria. Por ello, lo que había que obtener era que el propio deudor cumpliera con la prestación prometida (*A brief Survey*, pp. 23-25). Para una exposición sobre el origen de la jurisdicción eclesiástica y en particular, en relación con el origen del remedio de *specific performance*, véase FRY, *A treatise*, pp. 8-15, quien también sugiere la posible influencia de la jurisdicción canónica en la adopción del remedio del *specific performance* en la *Chancery Court*.

⁷⁰³ En el caso del Derecho inglés, las *common law courts* y las *equity courts* se fusionaron en una sola estructura judicial en virtud de los *Judicature Acts 1873-1875*

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

No obstante ello, subsiste la distinción entre “reglas del *common law*” y “reglas de *equity*”⁷⁰⁴. Y, por esta razón, el adjetivo “*equitable*” con el que

(cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, pp. 6-7). Por extensión, también se produjo en los demás países de la *Commonwealth*. En Australia, por ejemplo, los *Judicature Acts 1873-1875* fueron promulgados en todos los estados, salvo en New South Wales, que conservó una *court of equity* separada hasta 1972 (sobre el punto, véase BRYAN, M./VANN, V. J., *Equity and Trusts in Australia*, Cambridge University Press, 2012, p. 4; que ofrece además un resumen de la evolución de la *equity*, los principales motivos que justificaron la reforma y los principales cambios que implicó, pp. 7-10).

En el caso de EE.UU., si bien la separación subsiste en algunos estados, la mayoría de ellos ha fusionado estos tribunales en un sistema judicial único; fusión que también existe a nivel federal [cfr. KLASS, *Contract Law*, p. 25; y BROWN (1974), especialmente, p. 28 y ss.]. Para una presentación general sobre el proceso de fusión en EE.UU., véase MCCORMICK, C., “The Fusion of Law and Equity in United States Courts”, *NCLR*, v. 6, 1928 (3), pp. 283-298.).

⁷⁰⁴ Existe cierto debate en torno al alcance de los *Judicature Acts 1873-75*. La posición ampliamente mayoritaria –tanto en Inglaterra como en los demás países de la *Commonwealth*– es que su finalidad únicamente alcanza a la forma de organización de la administración de justicia, y no afecta a las reglas sustantivas, de modo que la distinción subsiste (cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 7). Así, el único efecto es que, desde su entrada en vigor, cualquier tribunal puede y debe decidir los casos sobre la base del “*common law*” y de la “*equity*” (cfr. SLAPPER, *How the Law works*, p. 131). La forma en que se relacionan estas dos clases de reglas suele ser expresada recurriendo a la metáfora de ASHBURNER (1902): “[t]he two streams of jurisdiction, though they run in the same channel run side by side and do not mingle their waters. The distinction between legal and equitable claims - between legal and equitable defences - and between legal and equitable remedies - has not been broken down in any respect by recent legislation” (ASHBURNER, W., *Principles of Equity*, 1st ed, London, 1902). Utilizando la misma metáfora, Lord Diplock, en *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council* [(1978) AC 904] señaló –representando la visión minoritaria– que “*waters of the confluent streams of law and equity have surely mingled now*”. Sobre este debate, véase, por ejemplo, BURNS, F., “The Fusion Fallacy Revisited”, *BLR*, v. 5, n. 2, 1993, pp. 151-178; y MAXTON, J., “Some effects on the intermingling of Common Law and equity”, *Cant.L.R.*, v. 5, 1993, pp. 299-311 (sugiriendo, tras su análisis, que efectivamente existe cierta fusión de las reglas).

En relación con el Derecho estadounidense, la conclusión es la misma. La unificación del sistema judicial no afecta a la distinción sustantiva; de hecho, se afirma que continúa modelando el Derecho contractual, y, en particular, explica la preferencia por el remedio de los *damages* en casos de incumplimiento contractual (cfr. VON MEHREN, A./MURRAY, P., *Law in the United States*, Cambridge University Press, 2007, pp. 2-3; en el mismo sentido, KLASS, *Contract Law*, p. 25). La distinción también interesa para otros fines: por ejemplo, para determinar si existe o no, en conformidad con la 7.^a enmienda de la Constitución de EE.UU., derecho a un jurado: si la acción puede ser

suele caracterizarse al remedio del *specific performance*, no es un mero residuo lingüístico: el origen histórico de este remedio –del que se acaba de dar cuenta– permite explicar las “barreras” o restricciones que existen a la hora de concederlo en la actualidad ⁷⁰⁵.

Esas “barreras” son, básicamente, dos: la *primera* es que el *specific performance* sólo se concede en caso de que el remedio de los *damages* se considere inadecuado; la *segunda*, reside en el carácter discrecional del remedio del *specific performance*. De ellas doy cuenta a continuación.

1. LA ADECUACIÓN DEL REMEDIO DE LOS *DAMAGES* PARA SATISFACER AL ACREEDOR

a) El *adecuacy test* y carácter “único” del objeto como principal criterio

[211] La principal limitación del remedio del *specific performance* es, como ya se ha dicho, que éste sólo se ordenará en la medida que se considere que el remedio de los *damages* sería “inadecuado”. En efecto, en la medida que el acreedor puede procurarse un sustituto del objeto

considerada como una acción de “*equity*”, no lo hay (cfr. BURHAM, W., *Introduction to the law and legal system of the United States*, 4.^a ed., Thompson/West, 2006, pp. 239-240).

⁷⁰⁵ Así, SMITH/ATYIAH, *Introduction*, p. 388; CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 7; en el mismo sentido, en relación con el Derecho neozelandés, CUNCANNON (2004) p. 660. Para profundizar sobre la justificación de la conservación de estas “etiquetas” históricas en el Derecho inglés actual, véase BURROWS, A., “We Do This At Common Law But That In Equity”, *OJLS*, v. 22, n. 1, 2002, pp. 1-16.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

debido, acudiendo al mercado, se entiende que su interés en el cumplimiento está suficientemente protegido por esta vía: basta con que la parte incumplidora indemnice al acreedor, asegurando el beneficio que le otorgaba el contrato original ⁷⁰⁶.

El remedio del *specific performance* está justificado, por tanto, si no es posible procurarse un sustituto o, dicho de otro modo, en la medida en que el objeto del contrato sea “único” ⁷⁰⁷. El caso típico en el que se

⁷⁰⁶ Cfr. CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 256; LANDGELL, *A brief Survey*, p. 48. En consecuencia, en la medida que no exista variación en el precio del mercado, la víctima del incumplimiento no obtendrá nada, y el deudor no enfrentará ninguna sanción legal (cfr. SMITH/ATIYAH, *Introduction*, pp. 371-372).

⁷⁰⁷ Cfr. por ejemplo, ANDREWS, *Contract Law*, pp. 530-531, quien afirma que en esos casos el cumplimiento específico es el “remedio primario”. El criterio ha sido recogido expresamente en la s. 52 del *Sale of Goods Act 1979 (Specific performance)*: “*In any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods the court may, if it thinks fit, on the plaintiff's application, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the defendant the option of retaining the goods on payment of damages*”.

En el Derecho estadounidense, el § 2-716 UCC (*Buyer's Right to Specific Performance or Replevin*) recoge el mismo principio en términos parecidos: “(1) *Specific performance may be decreed if the goods are unique or in other proper circumstances. In a contract other than a consumer contract, specific performance may be decreed if the parties have agreed to that remedy. However, even if the parties agree to specific performance, specific performance may not be decreed if the breaching party's sole remaining contractual obligation is the payment of money*”. Por su parte, el § 360 REST (2d) CONTRACTS (*Factors Affecting Adequacy of Damages*), recoge tres criterios importantes a la hora de determinar la adecuación o no del remedio de los *damages*: i) la dificultad de probar la existencia de daños con razonable certidumbre, ii) la dificultad de procurar un sustituto adecuado por la vía del dinero y iii) la probabilidad con que se pueda obtener la suma de dinero a la que se condene [“*In determining whether the remedy in damages would be adequate, the following circumstances are significant: /(a) the difficulty of proving damages with reasonable certainty,/ (b) the difficulty of procuring a suitable substitute performance by means of money awarded as damages, and /(c) the likelihood that an award of damages could not be collected*”]. Sobre la justificación del criterio del carácter “único” del objeto del contrato en la doctrina estadounidense, véase KRONMAN (1978) pp. 355-365.

Sobre el principio de la “especificidad” o del carácter “único” del objeto de la prestación, en relación con el Derecho canadiense, véase STACK (2000) p. 62.

considera que el objeto es “único” son los contratos relativos a bienes raíces (debido a que son, por su propia naturaleza, bienes “únicos”) ⁷⁰⁸. Pero existen otros ejemplos, como la compra de antigüedades o reliquias ⁷⁰⁹, la compra de acciones de una sociedad ⁷¹⁰, o las adquisiciones de patentes y derechos de autor ⁷¹¹. En todos estos casos, el remedio de los *damages* es inadecuado, bajo la lógica de que el interés del acreedor no es medible en términos de dinero ⁷¹², o mejor

⁷⁰⁸ Cfr. en relación con el Derecho inglés, SAMUEL, *Law of Obligations*, p. 162; en relación con el Derecho estadounidense, FARNSWORTH, *Contracts*, p. 176; y en relación con el Derecho australiano, CARTER *et al.*, *Contract Law*, p. 939.

Sin embargo, es posible pensar que otra razón para favorecer el cumplimiento específico en estos contratos es la importancia social y económica que se atribuía a estos bienes en la época en que se desarrollan las doctrinas de *equity* (así, WILLINSTONE, S., *The Law of contracts*, New York, 1920, v. 3, p. 2515).

⁷⁰⁹ El caso paradigmático es *Pusey v. Pusey*, de 1684 [23 Eng. Rep. 465], en el que se ordenó el cumplimiento específico consistente en la transferencia de un antiguo cuerno (que en la actualidad se encuentra en el *Victoria and Albert Museum*, en Londres), que había sido dado a la familia Pusey por el Rey danés Canuto el grande, en el siglo XI. Otro ejemplo es *Falcke v. Gray* de 1859 [62 Eng. Rep. 250], en el que la solicitud de cumplimiento específico tiene como fundamento el incumplimiento de un contrato de compraventa de dos jarrones chinos. La Corte consideró, en este caso, que debido a su “inusual belleza, rareza y distinción”, la indemnización de daños no sería una compensación adecuada [ambos casos citados por FRY, *A treatise*, pp. 37-38, y por KRONMANN (1978) p. 356].

⁷¹⁰ Cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 531.

⁷¹¹ Cfr. FARNSWORTH, *Contracts*, p. 176.

⁷¹² El punto puede ser bien ilustrado con las palabras de Lord Nicholls en *Attorney General v Blake* [(2001) 1 AC 268 HL]: “It is [...] well established that an award of damages, assessed by reference to financial loss, is not always «adequate» as a remedy for a breach of contract. The law recognises that a party to a contract may have an interest in performance which is not readily measurable in terms of money [...] The classic example of this type of case [...] is a contract for the sale of land. The buyer of a house may be attracted by features which have little or no impact on the value of the house. An award of damages, based on strictly financial criteria, would fail to recompense a disappointed buyer for this head of loss. The primary response of the law to this type of case is to ensure, if possible, that the contract is performed in accordance with its terms”.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

dicho, porque es imposible, en estos casos, determinar cuál es el monto apropiado⁷¹³.

b) La tendencia a la flexibilización

[212] Este “*adequacy test*” es, como se puede apreciar, una limitación importante a la hora de conceder el *specific performance*. No obstante, hay que tener presente que parece existir cierta *tendencia a la flexibilización de este criterio*. Doy cuenta de esta afirmación.

[213] Una manifestación de esa tendencia a la flexibilización es la admisión del remedio del *specific performance* tratándose de obligaciones de dar cosas fungibles, obligaciones en las que, por definición, quedaría excluido ese remedio (no son bienes únicos, siempre existe un sustituto). Se ha entendido que el *specific performance* podría estar justificado en la medida que dichos bienes *escaseen en un momento determinado*.

En la doctrina inglesa suelen citarse dos casos, relativamente recientes, que reconocen que el mercado –a pesar de que normalmente ofrece una vía alternativa de suministro de los bienes– puede fallar en un momento determinado, justificando ello el cumplimiento específico. Uno es *Sky Petroleum Ltd v. VIP*

⁷¹³ En este sentido, SMITH/ATYAH, quienes explican que es difícil de justificar que, en estos casos, la inadecuación del remedio de los *damages* se deba a que ninguna suma de dinero será suficiente compensación. En la realidad, *siempre existe una suma de dinero que compensará completamente al acreedor*. En efecto, dicen estos autores, quien compra una casa, estará más que feliz de recibir diez veces el precio pactado. Por ello, sugieren que es más plausible sostener que, en estos casos, el remedio de *damages* es inadecuado porque es casi imposible determinar cuál es la suma adecuada (*cfr. Introduction*, p. 380).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Petroleum Ltd [(1974) 1 WLR 576], en el que se ordenó la entrega de unas cantidades de petróleo; y el otro es *Perry & Co v. British Railways Board* [(1980) 2 All ER 579], en el que se ordenó la entrega de unas cantidades de acero. Como se puede observar por las fechas de ambos juicios, la posibilidad de obtener un sustituto en el mercado era casi imposible: el primer juicio se enmarca en la llamada “crisis del petróleo” de 1973, y el segundo, en la llamada “huelga del acero”, que afectó al Reino Unido en 1980.

Así, pues, el carácter “único” del objeto del contrato puede también ser apreciado desde una perspectiva “de mercado” ⁷¹⁴, flexibilizando el criterio que permite entender que los *damages* son inadecuados. Sin embargo, hasta qué punto los tribunales lo entienden así es algo difícil de determinar. Por ejemplo, en un caso de 1804 se ordenó el *specific performance* de la obligación consistente en suministrar una máquina, porque no era posible para el acreedor procurarse un sustituto fácilmente en el mercado ⁷¹⁵; sin embargo, en un caso similar, en 1975, se negó el *specific performance*, aun cuando en el caso concreto era

⁷¹⁴ Cfr. en relación con el Derecho inglés: ANDREWS, *Contract Law*, pp. 531-532, recogiendo la opinión de otros autores; CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 254; TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 1022-1023.). En relación con el Derecho estadounidense, FARNSWORTH, *Contracts*, p. 178. En el Derecho canadiense también se considera “único” un bien, aun cuando objetivamente sea fungible, en la medida que haya escasez [cfr. STACK (2000) p. 62].

⁷¹⁵ Así se resolvió en *Nutbrown v. Thornton* [(1804) 10 Ves. 159; citado por TREITEL, *The Law of Contract*, p. 1023].

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

evidente que al acreedor tomaría más de un año obtener dicha máquina de otro suministrador⁷¹⁶.

[214] Puede considerarse como otra manifestación de la mentada tendencia a la flexibilización en la aplicación del criterio de la especificidad del objeto del contrato, el que hoy se plantee en la doctrina la pregunta sobre si el carácter “único” o “singular” debe depender exclusivamente de elementos objetivos, *o si también debería considerarse el valor que le atribuya el acreedor*⁷¹⁷.

Ahora bien, el considerar la intención del acreedor o de las partes en la determinación del carácter “sustituible” del objeto, *no necesariamente implica favorecer el specific performance*; al contrario, ello puede tener como efecto el restringir la concesión de este remedio. Esto es lo que puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de la compra de un inmueble. Como se ha dicho, tradicionalmente se entiende que en este caso procede ordenar el *specific performance*; pero, si se toman en cuenta los motivos de la compra del inmueble, por ejemplo, el que se esté

⁷¹⁶ Así, en *Société des Industries Metallurgiques SA v. Bronx Engineering Co. Ltd* [(1975) 1 Lloyd's Rep 465 CA; un resumen de este caso puede verse en OUGHTON /DAVIS, *Contract Law*, pp. 528-530].

⁷¹⁷ *Cfr.* ANDREWS, *Contract Law*, p. 531. LANDGELL plantea dos objeciones para no considerar estos factores subjetivos (la valoración del deudor): la primera, es que admitir la prueba de ello en el juicio envuelve gastos, tanto de las partes como de la administración judicial; la segunda, es que supone al tribunal investigar un punto sobre el cual difícilmente podría llegar a establecer la verdad, y por tanto, sobre el que no debería entrar (*cfr. A brief Survey*, p. 49).

comprando para revender, entonces la procedencia del *specific performance* podría resultar más difícil de justificar⁷¹⁸.

[215] *Por último*, se advierte cierta tendencia, por parte de los tribunales, a conceder el remedio del *specific performance* en forma más amplia. En este sentido, un sector de la doctrina inglesa ha sugerido que los tribunales ya no se preguntarían tanto si el remedio de los *damages* es o no adecuado, sino cuál remedio es el “más apropiado” para el caso concreto. Quienes así lo afirman encuentran su fundamento en el caso *Beswick v. Beswick* [(1968) UKHL 2].

⁷¹⁸ Así, en relación con el Derecho estadounidense, FARNSWORTH, *Contracts*, p. 176. Aunque la naturaleza “única” del inmueble no determina el derecho al cumplimiento específico (este remedio siempre es discrecional), justifica una presunción de que el remedio de daños no es adecuado. Así lo recoge expresamente el Código civil de California, que entiende que esta presunción tiene el carácter de presunción de derecho (*iuris et de iure*) únicamente si se trata de la compra de una vivienda destinada al uso de una familia, cuando lo que se pretende es precisamente dicho uso. En los demás casos, la presunción admite prueba en contrario [s. 3387 CC de California: “*It is to be presumed that the breach of an agreement to transfer real property cannot be adequately relieved by pecuniary compensation. In the case of a single-family dwelling which the party seeking performance intends to occupy, this presumption is conclusive. In all other cases, this presumption is a presumption affecting the burden of proof*”].

En Canadá, los tribunales ya no conceden automáticamente el cumplimiento específico en el caso del incumplimiento de un contrato de venta de un inmueble, sino únicamente cuando pueda considerarse que es un inmueble “único”. El cambio de giro se debe a la sentencia de la Corte Suprema de Canadá en *Semelhago v. Paramadevan* [(1996) 2 S.C.R. 415] en la que se sostuvo, a pesar de tratarse de la compra de un inmueble, que “*the subject property was not unique. It was a building lot under construction which would be interchangeable in all likelihood with any number of others*”. STACK, sobre esta sentencia, explica que, además ella es relevante en otros dos aspectos relativos al cumplimiento específico. Por un lado, de la sentencia se desprende que “*a successful plaintiff may elect at trial to take damages in lieu of specific performance. This compensation should equal any losses between breach and the trial; therefore, the plaintiff has no duty to mitigate damages*”, y además, que los “*damages in lieu of specific performance are to be a full replacement for performance*” [(2000): las afirmaciones reproducidas están en la p. 60; las cursivas son entrecomillado en el texto original; la justificación de estas afirmaciones, en la p. 70 y ss.].

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

Los hechos de *Beswick v. Beswick* son, en términos muy simples, los siguientes. A transfirió su negocio a B (su sobrino) a cambio de que B le pagara 6.10 £ a la semana mientras viviera, y en caso de morir A, pagara, anualmente, la suma de 5 £ a la semana a su viuda C. A muere al poco tiempo, B pagó una vez a C 5 £ y se negó a pagar más. C demanda las sumas adeudas hasta el momento (175 £) y solicita una orden de cumplimiento específico para que se continuara pagando la anualidad, lo que hace en nombre propio y como administradora del patrimonio de su marido. La *Court of Appeal* le da la razón, en ambas condiciones. La *House of Lords* consideró que C, si bien no tenía derecho a demandar en nombre propio (como tercero beneficiario), sí podía demandar en su condición de administradora del patrimonio de A. El hecho de que el incumplimiento de B no dañara el patrimonio de A significaba que únicamente podía obtener “*nominal damages*”, y como ello era injusto, se ordenó el cumplimiento específico. Las palabras de Lord Hodson expresan con claridad este “giro” jurisprudencial: “[t]he only question is, What is the appropriate remedy? It would be strange if the only remedy were nominal damages recoverable at common law or a series of actions at law to enforce the performance of a continuing obligation”⁷¹⁹.

No obstante, otras autorizadas voces en la doctrina inglesa advierten que no es posible hablar de un cambio significativo en relación con este

⁷¹⁹ Para una exposición de esta sentencia, véase, MULCAHY, *Contract Law*, p. 207; OUGHTON/DAVIS, *Contract Law*, p. 523. También SMITH/ATIYAH, quienes sostienen con claridad que la sentencia de *Beswick v. Beswick* es efectivamente una innovación, puesto que, en el caso, el remedio de *damages* no era inadecuado, simplemente se estimó que el cumplimiento específico era “más adecuado” (*Introduction*, p. 381). Esta visión más liberal representa, en opinión de TREITEL, “una aproximación más satisfactoria” (*cfr.* TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 1025-1026).

criterio, descartando que la sentencia de *Beswick v. Beswick* pueda ser tomada como base para sostener un cambio jurisprudencial, y que el criterio de la adecuación de daños ha sido reafirmado recientemente, citando al efecto el caso *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* [(1997) UKHL 17]⁷²⁰, a la que me refiero más adelante (*infra* [219]).

También en la doctrina estadounidense se ha sugerido que los tribunales ya no se preguntarían tanto si el remedio de los *damages* es o no adecuado, sino cuál remedio es “más apropiado”⁷²¹. Una evolución similar parece existir en el Derecho australiano⁷²².

⁷²⁰ Cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 533; CARTWRIGHT, *Contract Law*, p. 252; SAMUEL, *Law of Obligations*, pp. 162-163; STONE, *Modern Contract Law*, p. 456.

⁷²¹ Así, KLASS, *Contract Law*, p. 197: “While there is a theoretical preference for monetary relief, specific performance is available in a significant number of circumstances [...] [c]ommentators have also observed an increasing judicial willingness to award specific performance, and some have argued that it is in fact more readily available than most doctrinal formulations suggest”. FARNSWORTH, también afirma la existencia de una “tendencia a la liberalización” del remedio de *specific performance*, en el sentido apuntado (cfr. *Contracts*, p. 938).

⁷²² Cfr. CARTER *et al.*, *Contract Law*, p. 938.

Resulta interesante apuntar que en el primer semestre del año 2012, el Gobierno australiano inició un proceso de consultas en orden a revisar y modernizar el Derecho contractual. Una de dichas consultas específicas tiene que ver precisamente con el rol del cumplimiento específico como remedio en caso de incumplimiento [sobre ello véase el documento “*Improving Australia’s Law and Justice Framework. A discussion paper to explore the scope for reforming Australian contract law*”, y las consultas específicas (incluida la relativa a los remedios frente al incumplimiento), disponible todo ello en la página web del gobierno australiano: [\[http://www.ag.gov.au/Consultations/Pages/ReviewofAustraliancontractlaw.aspx\]](http://www.ag.gov.au/Consultations/Pages/ReviewofAustraliancontractlaw.aspx).

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

2. EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD POR PARTE DEL TRIBUNAL

[216] Además de la barrera que supone la consideración de que el remedio de los *damages* es, por regla general, más adecuado que el del *specific performance*, la otra gran limitación a la hora de conceder este remedio reside en su carácter discrecional. Esto significa que, incluso en los casos en los que el remedio de los *damages* pueda ser inadecuado, es el tribunal quien decide si procede o no conceder el remedio del *specific performance*. El *specific performance* no es un derecho del acreedor.

En este punto, conviene destacar que la incidencia del Derecho privado europeo, sobre esta aproximación al remedio del *specific performance* del Derecho contractual inglés, es muy limitada. En efecto, la Directiva 1999/44/CE establece, para las ventas de consumo, la *sustitución* y la *reparación* del bien como *remedios primarios* [art. 3.2]⁷²³, lo que puede considerarse como equivalente

⁷²³ El art. 3.2 Directiva 1999/44/CE (*Derechos del consumidor*) dispone: “En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.

El mentado apartado 3 dispone: “En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado./ Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:/ –el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,/ –la relevancia de la falta de conformidad, y/ –si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor./ Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor”. El carácter preferente de la reparación y la sustitución queda claro en atención a lo

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

a exigir del vendedor el *specific performance*. Pero, como señala TWIGG-FLESNER, la evidente colisión entre la aproximación del Derecho inglés y el enfoque de la Directiva 1999/44/CE se ha resuelto, a la hora de implementar esta última, conservando la aproximación tradicional del Derecho inglés, y por tanto, sin dar pleno efecto a las exigencias de la Directiva: se reconoce al tribunal un poder discrecional para ordenar la sustitución o reparación del bien, pero igualmente se permite al tribunal ordenar otro remedio, si es que lo considera más apropiado⁷²⁴.

dispuesto por el mentado apartado 5 del art. 3 Directiva 1999/44/CE: “El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato: / si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o/ si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o/ si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor”.

⁷²⁴ “There is [...] a very obvious clash between the reluctance of English law to order specific performance and the Directive’s focus on repair and replacement as the main remedies in consumer sales contracts. The implementation of the Directive might therefore have necessitated a fundamental change to English practice, albeit confined to the context of consumer sales. Whilst making specific performance more widely available may be a positive step, doing so merely for one particular type of contract seems unattractive. The solution adopted in the implementing legislation has been to give the courts the power to order specific performance of either repair or replacement in the context of consumer sales, *but the court is also able to order an alternative remedy if this is more appropriate. This seems to reflect the existing approach of English law, and does not give full effect to the requirements of the Directive*” [TWIGG-FLESNER, C., *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge-Cavendish, London/New York, 2008, p. 136; cursivas añadidas]. En el mismo sentido, MAK, V., “Specific performance in English Consumer Sales Law”, en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (edits.), *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 128.

La implementación de estos remedios de reparación y reemplazo, de la Directiva 1999/44/CE, se ha hecho introduciendo un nuevo apartado en la *Sales of goods Act 1979*, apartado 5A, titulado “*Additional rights of buyer in consumer cases*” (s. 48A a s. 48F). La s. 48B (*Repair or replacement of the goods*) dispone: “(1) *If section 48A above applies, the buyer may require the seller / (a) to repair the goods, or/ (b) to replace the goods./ (2) If the buyer requires the seller to repair or replace the goods, the seller must/ (a) repair or, as the case may be, replace the goods within a reasonable time but without causing significant inconvenience to the buyer;/ (b) bear any necessary costs incurred in*

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

[217] Que el *specific performance* sea un remedio “discrecional” no significa que la decisión sobre su otorgamiento dependa “del capricho del juez” ⁷²⁵. Desde la segunda mitad del siglo XVII, los criterios de decisión adoptados por las *equity courts* fueron uniformándose ⁷²⁶, y hoy constituyen una serie de reglas y principios bien establecidos ⁷²⁷. Paso a dar cuenta de ellos.

doing so (including in particular the cost of any labour, materials or postage)./ (3) The buyer must not require the seller to repair or, as the case may be, replace the goods if that remedy is/ (a) impossible, or/ (b) disproportionate in comparison to the other of those remedies, or/ (c) disproportionate in comparison to an appropriate reduction in the purchase price under paragraph (a), or rescission under paragraph (b), of section 48C (1) below./ (4) One remedy is disproportionate in comparison to the other if the one imposes costs on the seller which, in comparison to those imposed on him by the other, are unreasonable, taking into account/ (a) the value which the goods would have if they conformed to the contract of sale, / (b) the significance of the lack of conformity, and/ (c) whether the other remedy could be effected without significant inconvenience to the buyer./ (5) Any question as to what is a reasonable time or significant inconvenience is to be determined by reference to/ (a) the nature of the goods, and/ (b) the purpose for which the goods were acquired”.

⁷²⁵ Cfr. FURMSTON, *Law of Contract*, p. 798.

⁷²⁶ Desde sus orígenes y hasta el siglo XVII, la concesión de este remedio dependía exclusivamente de la idea de “justicia” que tuviera el *Chancellor* de turno. Ello puede ilustrarse con la afirmación de un importante jurista inglés del siglo XVII, quien, en el punto de más alta tensión entre la *equity* y el *common law*, y a modo de crítica, declaró que “Equity varies with the length of the Chancellor’s foot”. Sin embargo, a mediados del siglo XVII los casos resueltos por la Cancillería comenzaron a ser publicados, y desde entonces, citados y seguidos en casos posteriores. Se comenzó a entender, pues, que el ejercicio de la discrecionalidad por parte del *Chancellor*, más que estar limitado por su “consciencia” estaba limitado por el precedente (cfr. PETTIT, Ph., *Equity and the Law of Trusts*, 12.^a ed., Oxford University Press, 2012, p. 5).

En esta línea de objetivación, resulta muy interesante considerar la influencia que pudo haber tenido el cambio de paradigma social y jurídico que se produce entre los siglos XVIII y XIX: la idea de presentar el Derecho como una “ciencia”, llevó naturalmente a la objetivación y racionalización de los criterios de decisión de los tribunales (sobre ello, véase el trabajo de BERRYMAN, J., “The specific performance damages continuum: An historical perspective”, *OLR*, v. 17, 1985, pp. 295-323).

⁷²⁷ Como lo ha sostenido Lord Hoffmann: “The principles upon which English judges exercise the discretion to grant specific performance are reasonably well settled and

a) La necesidad de supervisión por parte del tribunal

[218] Si la orden del *specific performance* conlleva la necesidad de una supervisión por parte del tribunal, entonces es altamente probable que se niegue este remedio⁷²⁸. Lógicamente, se trata de una limitación significativa tratándose de *obligaciones de hacer*, y particularmente importante tratándose de obligaciones de *ejecución continuada en el tiempo*, ya que en estos casos la orden del *specific performance* depende, en el fondo, de que pueda establecerse con claridad qué es lo que debe realizar el deudor⁷²⁹.

[219] Este criterio se encuentra en la base de la decisión del caso *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* [(1997) UKHL 17], uno de los casos más citados por la doctrina actual.

Los hechos de este caso son, resumidamente, los siguientes: Argyll decidió cerrar el supermercado que tenía instalado en un local de un centro comercial, debido a que estaba perdiendo dinero. Al hacerlo, incumplió el contrato de arrendamiento celebrado con Co-operative Insurance Society Ltd (el arrendador), que contenía una cláusula expresa por la que Argyll se obligaba a mantener el local abierto durante las horas usuales del comercio. El juez de primera instancia *rechazando* la pretensión del arrendador de que se

depend upon a number of considerations, mostly of a practical nature, which are of very general application" [*Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* (1997) UKHL 17].

⁷²⁸ Cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 532; SMITH/ATYIAH, *Introduction*, pp. 382-383.

⁷²⁹ Cfr. OUGHTON/DAVIS, *Contract Law*, p. 530-531; y en el mismo sentido, STONE, *Modern Contract Law*, p. 456.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

ordenara el *specific performance*– determinó la procedencia de una indemnización de daños a favor del arrendador. La *Court of Appeal*, revocando la sentencia, decretó el cumplimiento específico: esto es, ordenó a Argyll continuar operando el negocio hasta la llegada del plazo pactado, o bien hasta que Co-operative Insurance Society Ltd celebrara otro contrato de arrendamiento del mismo local.

En este caso, la *House of Lords* comparte la justificación del juez de primera instancia para negar el cumplimiento específico tratándose de la obligación de hacer, particularmente, la de mantener en funcionamiento un negocio:

“He [se refiere al juez de primera instancia] gave reasons why he thought that specific performance would be inappropriate. Two such reasons were by way of justification for the general practice. An order to carry on a business, as opposed to an order to perform a «single and well defined act» was difficult to enforce by the sanction of committal. And where a business was being run at a loss, specific relief would be «too far reaching and beyond the scope of control which the court should seek to impose.» The other two related to the particular case. A resumption of business would be expensive (refitting the shop was estimated to cost over £1 million) and although Argyll had knowingly acted in breach of covenant, it had done so «in the light of the settled practice of the court to award damages.» Finally, while the assessment of damages might be

difficult, it was the kind of exercise which the courts had done in the past"⁷³⁰.

[220] La necesidad de supervisión, o el problema de determinar con claridad qué es lo que el deudor debe hacer, son también justificaciones para negar el *specific performance* tratándose de *otras obligaciones de hacer*, como por ejemplo, las surgidas de contratos de construcción (si bien en éstas, además, suele considerarse que el remedio de los *damages* es un remedio adecuado)⁷³¹.

[221] Por último, cabe apuntar que se ha sugerido la existencia de una cierta flexibilización en relación con este criterio, en el sentido de que la necesidad de supervisión por parte del tribunal *no sería un factor determinante* para negar el *specific performance*, sino que sería meramente un factor a tomar en consideración⁷³².

⁷³⁰ El fallo es interesante en varios aspectos. Expone la barrera basada en la necesidad de supervisión tratándose de contratos en los que el deudor debe una actividad; reafirma el criterio de la adecuación de los daños, aun cuando su determinación pueda ser difícil en algún momento; propone, además, una distinción entre contratos en los que la obligación "de hacer" consiste en realizar una actividad (prolongada en el tiempo), y entre aquellos en los que consiste en obtener un resultado (caso en el cual, la objeción de la dificultad en la supervisión no es procedente). Para una exposición de este caso, y de su relevancia en relación con la concesión del remedio del *specific performance* véase, por ejemplo, ANDREWS, *Contract Law*, pp. 534-537.

⁷³¹ TREITEL, *The Law of Contract*, p. 1035. Sobre la relación de esta "barrera" y los contratos de construcción, véase BERRYMAN (1985) pp. 316-319; poniendo de relieve tanto la falta de uniformidad en la decisión de conceder el remedio del *specific performance* como el hecho de que la negativa se suele justificar sobre diferentes bases.

⁷³² En este sentido, MULCAHY señala: "[h]owever, in some such cases specific performance has been ordered and it has been suggested that the difficulty of supervision is sometimes exaggerated. There are various devices that the court can adopt to overcome such difficulty, such as appointing a receiver and manager. Moreover, there are several judicial statements in recent cases to suggest that

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

b) La prestación de servicios personales

[222] Los tribunales son igualmente reacios a ordenar el *specific performance* de contratos relativos a “servicios personales”⁷³³. La limitación en la concesión de este remedio alcanza a ambas partes, aunque la justificación es distinta.

En efecto, la justificación usual para negar el cumplimiento específico, *en contra de quien debe realizar el servicio*, es que ello resulta

«constant supervision» is no longer a bar to specific performance but merely a factor to be taken into account” (*Contract Law*, p. 207).

⁷³³ Los tratados y manuales de Derecho contractual consultados –y a los que se ha hecho referencia a lo largo de este capítulo– no especifican qué debe entenderse por contratos que consistan en realizar “*personal services*”. Entre los rasgos distintivos de un contrato de “servicios personales” se puede mencionar la necesidad de que las partes mantengan una relación personal; que la finalidad del contrato no consiste únicamente en obtener un resultado particular, sino que importa también la forma en que las partes actúan durante la ejecución del contrato; la existencia de información confidencial; y la presencia de deberes de fidelidad (*cfr.* MULHERON, R., “New Forays of Equitable Remedies into Commercial «Personal Service» Contracts”, *NLR*, v. 4, 1999-2000, p. 32).

Los contratos de trabajo (relación laboral) quedan lógicamente dentro de esta categoría de los *personal services*, pero están fuera del marco de nuestro estudio. En todo caso, la denegación del remedio del *specific performance* ha sido recogida por las regulaciones legales de protección de los trabajadores: así, por ejemplo, en el Derecho inglés, la s. 236 del *Trade Union and Labour Relations Act 1992* (*No compulsion to work*) prohíbe ordenar el *specific performance* contra el trabajador. El *specific performance* del contrato de trabajo, en cambio, sí puede ser ordenado al empleador, en caso de despido injustificado, ordenando que el trabajador sea reintegrado a sus funciones [*cfr.* *Employment Rights Act 1996* (part X)], pero, en la práctica, ello sólo ocurre en la mínima parte de los casos (*cfr.* TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 1029-1030).

demasiado invasivo de la libertad personal⁷³⁴. Sobre este punto, resulta interesante la lectura en clave sociológica que ofrecen SMITH/ATIYAH:

“Admittedly, the aim of such orders [specifically enforce personal services or granting injunctions] is merely to get the defendant to do what he had already agreed to do. But for reasons that lie deep in the roots of the Western political tradition, orders by the state to engage in a particular job or to perform specified services –backed up, it will be remembered, by threats of imprisonment– have acquired a symbolic meaning that goes far beyond their practical significance: they carry with them the pall of servitude”⁷³⁵.

En cambio, cuando se trata de obtener el *specific performance* en contra de quien ha contratado los servicios, la justificación de la negativa es que no es razonable obligarle a seguir vinculado con una persona respecto de la cual, por la razón que sea, ha perdido su confianza⁷³⁶.

Por último, se estima –como una justificación para ambos casos– que el sólo hecho de que el asunto haya llegado ante el tribunal es prueba de

⁷³⁴ *cfr.* ANDREWS, *Contract Law*, p. 532; CARTWRIGHT, *Contract Law*, pp. 251-252 (en relación con el Derecho inglés); y FARNSWORTH, *Contracts*, pp. 185-186 y KLASS, *Contract Law*, pp. 216-217 (en relación con el Derecho estadounidense).

⁷³⁵ SMITH/ATIYAH, *Introduction*, p. 382.

En este sentido, es interesante destacar que en el caso de EE.UU. la prohibición constitucional de cualquier forma de esclavitud (13.^a enmienda) suele ser suficiente justificación a la negativa de ordenar el *specific performance* de los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios personales (*cfr.* KLASS, *Contract Law*, p. 216). La s. 1 de la 13th amendment a la Constitución de EE.UU. dispone: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”.

⁷³⁶ *Cfr.* OUGHTON/DAVIS, *Contract Law*, p. 533.

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

que la relación entre las partes se ha roto, y no tiene sentido obligarlas a seguir relacionándose ⁷³⁷.

c) Otros factores que inciden en la negativa de conceder el *specific performance* (máximas de equidad)

[223] Ya se ha dicho que lo que buscaba la *Equity* era ofrecer soluciones de justicia. Por esta razón, a la hora de conceder el *specific performance*, no sólo se tenía en cuenta la naturaleza de la obligación, o la posibilidad o dificultad de obtener su cumplimiento, sino también la particular situación de los litigantes y la forma en que éstos se habían comportado. Esos factores siguen siendo utilizados como criterios para justificar, en un caso concreto, la negativa al remedio del *specific performance*.

De esta forma, y aun cuando no parece posible ofrecer una lista exhaustiva de todos esos factores, ni resulte fácil determinar la importancia y la aplicación práctica que tiene cada uno de ellos en la actualidad ⁷³⁸, vale la pena tener presente que un tribunal puede

⁷³⁷ Cfr. STONE, *Modern Contract Law*, p. 456.

⁷³⁸ FRY, a comienzos del siglo pasado, enumera y desarrolla veinticinco “defensas” frente a la acción de cumplimiento específico (*A treatise*, pp. 133-549), basadas en estos criterios “equitativos”. Sin embargo, no es fácil determinar la importancia y la aplicación de cada una de ellas en la actualidad, no al menos, sobre la base de la lectura de los modernos textos de Derecho contractual (como se verá inmediatamente en el cuerpo del texto): los autores se limitan a señalar que, además de los límites que ya se ha expuesto, existe una serie de barreras “equitativas”, ofreciendo un par de ejemplos, que no siempre los mismos (así, por ejemplo, SMITH/ATIYAH, *Introduction*, p. 378; o FARNSWORTH, *Contracts*, pp. 164 y 165), aunque el tratamiento que en algunos textos se les dispensa a algunos de ellos podría ser indicio de su importancia [así, por ejemplo, STONE trata la regla de la “*need of mutuality*” (véase *infra* nota 740) y de “*hardship*” (véase *infra* nota 743), con la misma extensión que la regla de la

rechazar el cumplimiento específico, en ejercicio de su poder discrecional, entre otros casos: si la contraprestación no se considera “adecuada” ⁷³⁹; si no es posible otorgar dicho remedio también al deudor (“*lack of mutuality*”) ⁷⁴⁰; si la conducta del acreedor no lo amerita (“*lack of clean hands*”) ⁷⁴¹; si el acreedor no está dispuesto a cumplir con su prestación (“*he who seeks equity must do equity*”) ⁷⁴²; si resulta demasiado gravoso o perjudicial para el deudor (*hardship*) ⁷⁴³; si

adecuación de los daños (*Modern Contract Law*, pp. 454-458). Para una exposición breve y actual de estas “máximas de equidad” que están a la base del ejercicio discrecional del tribunal, véase STOCKWELL/EDWARDS, *Trusts and Equity*, pp. 34-59.

⁷³⁹ La necesidad de que exista una contraprestación (*consideration*) es un requisito para poder obtener el cumplimiento de un contrato, pero no sólo en forma específica. La defensa particular frente a la posibilidad de cumplimiento específico es que la *consideration* no sea adecuada, incluso en los casos en los que no justifica la anulación del contrato (sobre el punto véase por ejemplo, ANDREWS, *Contract Law*, p. 530; TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 1027-1028).

⁷⁴⁰ Esto implica que, cuando el acreedor que busca el cumplimiento específico no ha cumplido aún su parte del acuerdo, la corte debe considerar si el deudor está suficientemente protegido contra el riesgo de que el acreedor no cumpla (cfr. ANDREWS, *Contract Law*, p. 532; STONE, *Modern Contract Law*, p. 457; TREITEL, *The Law of Contract*, p. 1037). Dicho de otro modo, no se ordenará el cumplimiento específico si no es posible que el demandado obtenga, a su vez, una orden de cumplimiento específico contra el demandante. Para una exposición de esta doctrina, véase FRY, *A treatise*, p. 231 y ss. En relación con el derecho australiano, véase CARTER *et al*, *Contract Law*, pp. 943-944. FARNSWORTH, en relación con el derecho estadounidense, sostiene que se trata de un regla que hoy está “desprestigiada” (*Contracts*, p. 165).

⁷⁴¹ La máxima aplicable es que quien recurre a la *Equity*, debe hacerlo con las “manos limpias” (véase STOCKWELL/EDWARDS, *Trusts and Equity*, p. 43). Se refieren a este criterio, por ejemplo, SMITH/ATIYAH, *Introduction*, p. 378; ANDREWS, *Contract Law*, p. 532; STONE, *Modern Contract Law*, p. 458; TREITEL, *The Law of Contract*, p. 1028. También, en relación con el Derecho estadounidense, FARNSWORTH, *Contracts*, pp. 164-165.

⁷⁴² Cfr. STOCKWELL/EDWARDS, *Trusts and Equity*, pp. 42-43. CARTER *et al*, a propósito de su aplicación en Australia, tratan este principio bajo la rúbrica “readiness and willingness of plaintiff” (cfr. *Contract Law*, pp. 942-943).

⁷⁴³ O “*hardship*”, y también, relacionado con este motivo, porque la solución se considera injusta (“*unfair*”) debido a que el contrato es particularmente favorable al acreedor. Sobre el punto, véase SMITH/ATIYAH, *Introduction*, p. 378; STONE, *Modern*

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

el acreedor, tras el incumplimiento, ha permanecido en la pasividad, y el *specific performance* resulta, por ello, más perjudicial al deudor ("*delay defeats equity*")⁷⁴⁴; o si el cumplimiento es física o legalmente imposible (aun cuando la imposibilidad no libere al deudor)⁷⁴⁵.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[224] Las principales conclusiones de este capítulo son las siguientes:

1. La idea generalizada de que los ordenamientos del *Common Law* no reconocen al acreedor un derecho al cumplimiento específico (*specific performance*) y que este remedio ocupa un lugar secundario frente al remedio de la indemnización de daños (*damages*), que se considera el remedio preferente, es una idea que tiene suficiente respaldo.
2. No obstante, y especialmente a efectos de realizar un estudio comparado con los ordenamientos de Derecho continental (lo que se

Contract Law, p. 457; TREITEL, *The Law of Contract*, pp. 1026-1027; CARTER *et al.*, p. 945.

⁷⁴⁴ "Delay may be evidence of acquiescence, so the two issues cannot be separated. A failure to bring an action may tend to confirm other slight evidence that the innocent party has accepted or agreed to the breach of contract or other ground for seeking relief, thus preventing him from enforcing his right to remedies for that breach (STOCKWELL/EDWARDS, *Trusts and Equity*, p. 46); véase también ANDREWS, *Contract Law*, p. 532; CARTER *et al.*, *Contract Law*, pp. 944.945.

⁷⁴⁵ Por ejemplo, no se puede ordenar el cumplimiento específico en contra de quien vende un terreno que no le pertenece, pero, obviamente, es responsable del incumplimiento (*cfr.* TREITEL, *The Law of Contract*, p. 1029).

hace en el siguiente capítulo), es indispensable considerar, al menos, estos dos aspectos:

a) *Por un lado*, que la expresión *specific performance* únicamente hace referencia a la posibilidad de que el tribunal ordene *directamente al deudor* la ejecución de la prestación debida. Dicha expresión no incluye los supuestos en los que el acreedor obtiene igualmente la prestación debida, ya sea a través de la actuación del tribunal (por ejemplo, ordenando la transferencia jurídica de un bien, firmando un documento en nombre del deudor), ya sea a través de un tercero (quien realiza la prestación, con cargo al deudor). Si estos supuestos se consideran, desde la perspectiva de un estudio comparado, como casos en los que hay “cumplimiento específico” del contrato (porque el acreedor obtiene, aunque no del deudor, la prestación *in natura*), entonces la afirmación sobre el lugar secundario de este remedio en el *Common Law* requiere ser matizada.

b) *Por otro lado*, ha de tenerse presente que existen diversos casos en los que, en el *Common Law*, otorgar el remedio del *specific performance* se considera justificado. Y parece existir cierta tendencia a reconocer un lugar más relevante a este remedio, o al menos, a cuestionar el hecho de que este remedio deba tener un rol secundario. A propósito de lo que se acaba de señalar, conviene recordar que el estudio realizado en este capítulo adopta únicamente una *perspectiva descriptiva*. En esta descripción, la aproximación histórica ofrece una explicación sobre la preferencia del remedio de daños, pero lógicamente la historia no puede justificar la adopción de una determinada solución jurídica en la actualidad: toda proposición

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

jurídica requiere una justificación normativa. Aquí se ha dado cuenta de las consideraciones prácticas o morales, que son las que están en la base de las decisiones de los tribunales. Fuera de ellas, otra importante justificación de la preferencia por el remedio de *damages*, sobre la que aquí no se ha entrado, es la que ofrece, fundada en razones de eficiencia, el análisis económico del Derecho.

3. Aunque el *specific peformance* es siempre un remedio discrecional, y por tanto, la decisión sobre la vía de protección del interés que tiene el acreedor en el cumplimiento corresponde al juez (no al acreedor), es posible aventurar que, en su aplicación práctica, más que hablar de un sistema jerarquizado de remedios, en los que la indemnización tenga un lugar preferente, el sistema de remedios frente al incumplimiento contractual en el *Common Law* puede ser descrito como un sistema diferenciado de remedios. En la exposición sintética de este esquema, es útil recurrir, por ser categorías conocidas, a la clasificación de las obligaciones según su objeto. Así:

a) Tratándose de *obligaciones de no hacer*, el cumplimiento específico (bajo la forma de una *injunction*), y sin perjuicio que puede negarse en ejercicio del poder discrecional del tribunal, en la práctica suele concederse, en palabras de TREITEL “*as a matter of course*”⁷⁴⁶, o sea, normalmente.

b) Tratándose de *obligaciones de dar*, es posible realizar una distinción según se trate de pagar una suma de dinero, de entregar un

⁷⁴⁶ *The Law of Contract*, p. 1040.

bien específico o determinado, y de entregar cosas genéricas o fungibles. En la *action for debt* o "*for an agreed sum*" (la primera categoría), sea que se califique o no como un supuesto de *specific performance*, lo cierto es que el acreedor siempre obtiene la prestación debida *in natura*, de parte del deudor. Tratándose de la obligación de entregar bienes específicos, es altamente probable que el acreedor pueda obtener la prestación debida *in natura*, debido a que falla la lógica de mercado que está detrás de la preferencia por el remedio de los *damages* (el acreedor no puede obtener un sustituto del bien debido). De esta forma, la preferencia por el remedio de *damages*, en la práctica, sólo describe adecuadamente el sistema de remedios tratándose de contratos relativos a cosas genéricas, y aún en ese caso, se advierte cierta flexibilidad en cuanto a la forma en que se determina el carácter fungible del objeto.

c) Es tratándose de *obligaciones de hacer*, que son precisamente las que en esta tesis doctoral interesan, en donde la posibilidad de obtener el cumplimiento específico aparece *más limitada*. Por una parte, si se trata de un "*servicio personal*", simplemente se entiende que no es posible obtener el cumplimiento específico del contrato. Por otra parte, si el *servicio "no es personal"*, la pretensión de cumplimiento específico debe, primero, superar el test de la adecuación del remedio de *damages*, y además, superar otras barreras: las más importantes, el problema de la necesidad de supervisar el cumplimiento y el problema de la posibilidad de determinar con certeza que es lo que el deudor debe hacer. La aplicación de todos estos criterios sugiere la posibilidad de una subclasificación dentro de los servicios "no personales": mientras

6. La preferencia por el remedio de los *damages*... aproximación del *Common Law*

que dichas objeciones no están presentes –o resultan menos importantes– en los casos en los que la obligación consiste en fabricar y entregar un objeto (una obligación *de hacer*, pero que va seguida de una *de dar*), dichas barreras al *specific performance* sí están presentes cuando la obligación del deudor consiste en una serie de actos, más o menos prolongados en el tiempo, o en casos en los que la actividad del deudor supone el ejercicio de un mayor grado de discrecionalidad por su parte.

CAPÍTULO 7

El cumplimiento específico como un derecho del acreedor, y como remedio preferente: la perspectiva del Derecho continental

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETIVO Y PLAN

[225] En el capítulo *anterior* se ha mostrado que en el *Common Law* la vía preferente para proteger el interés del acreedor ante el incumplimiento contractual son los *damages*, y que si bien en ciertos casos es posible que el tribunal condene al deudor al *specific performance*, este último remedio no se considera en ningún caso un derecho del acreedor. En *este* capítulo se estudia la aproximación que se supone caracteriza a los ordenamientos de Derecho continental y que se contrapone a la del *Common Law*: la consideración del cumplimiento específico como un *derecho del acreedor*, y más aún, como un *remedio preferente* en caso de incumplimiento contractual.

La pregunta a la que se pretende dar respuesta es si esas anteriores afirmaciones de entrada para el Derecho continental pueden –y en su caso, hasta que punto– tenerse por ciertas. En particular, interesa determinar si es correcto describir el sistema de remedios por el incumplimiento contractual partiendo de la base de que el acreedor tiene un derecho al cumplimiento específico del contrato y, especialmente, si tal descripción es correcta en relación con los contratos de servicio (caracterizados éstos, como se ha propuesto, a partir de una obligación de hacer, que no consiste en la confección de un bien y su posterior entrega).

[226] El presente capítulo se divide en dos partes. La *primera* aborda la cuestión desde la perspectiva *histórica*: se trata de revisar si la idea generalizada de que en los ordenamientos de Derecho continental el acreedor tiene *derecho* al cumplimiento específico del contrato (y particularmente, cuando la obligación debida es *de hacer*), es una idea que tenga base en la tradición jurídica compartida por los ordenamientos continentales. La *segunda* parte tiene por objeto ver en qué medida tal afirmación es descriptiva del Derecho *vigente*. Para ello, se toman como modelos de referencia al Derecho alemán y al Derecho francés, y estudio que se complementa con una breve referencia a otros ordenamientos continentales.

2. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

[227] Antes de comenzar el estudio, conviene, como se hizo en el capítulo anterior, realizar algunas precisiones terminológicas. Ellas no

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

sólo delimitan el ámbito de este estudio, sino que inciden a la hora de proponer conclusiones desde una perspectiva comparatista con el *Common Law*.

a) Las expresiones “Derecho continental” y “*Civil Law*”

[228] La expresión *Derecho continental* se utiliza aquí como una traducción de la expresión inglesa *Civil Law*, que es la más usual en los textos de Derecho comparado para referirse a este “sistema” jurídico⁷⁴⁷.

Ahora bien, tal como ocurre con cualquier posible agrupación de ordenamientos jurídicos ⁷⁴⁸, la categoría *Derecho continental* no describe una realidad natural y por tanto, su validez descansa en la utilidad didáctica que pueda prestar en un contexto determinado ⁷⁴⁹. En

⁷⁴⁷ En este punto, conviene recordar que el *Civil Law* es una categoría de Derecho comparado, de creación de los juristas ingleses, para contrastar su propio Derecho (el *Common Law*) con el de los países continentales de Europa (*cfr.* por ejemplo, DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M.^a, “Civil law: la vigencia de una categoría convencional”, *ADC*, n. 65, 2012 (2), pp. 535-536). Aunque la expresión “Derecho continental” resulta más adecuada que una traducción literal (como sería “Derecho civil”), la misma sigue siendo equívoca. En el sentido que generalmente se le otorga (ordenamientos que pertenecen a la “tradición jurídica continental”) la expresión “Derecho continental” sólo puede admitirse si se subentiende una referencia al continente Europeo, y sólo en cuanto se utiliza en contraposición a las islas británicas (porque los ordenamientos jurídicos estadounidense y canadiense son ordenamientos del *Common Law*, pero son “continentales” desde un punto de vista geográfico, y a la vez, hay territorios insulares europeos que podrían ser jurídicamente calificados como de “Derecho continental”, como por ejemplo, Islandia).

⁷⁴⁸ Sobre la utilidad y posibilidad de agrupar los ordenamientos jurídicos en “sistemas”, “familias”, o “estilos”, véase ZWEIFERT/KÖTZ, *An introduction*, p. 63 y ss. (con una revisión de las principales clasificaciones propuestas por la doctrina de Derecho comparado).

⁷⁴⁹ En este sentido, DAVID/JAUFFRET-SPINOSI sostienen que las diversas clasificaciones que se han propuesto “han provocado debates muy extensos, [que] carecen en gran medida de sentido. La noción de «familia de derechos» no corresponde a una realidad

este sentido, es cierto que existen algunos elementos compartidos por los ordenamientos nacionales europeos que justifican esta agrupación bajo la denominación de Derecho continental⁷⁵⁰. No obstante, también existen importantes diferencias entre ellos⁷⁵¹. De ahí que no sea razonable presumir que en un aspecto en particular la aproximación de todos esos ordenamientos sea la misma –como ocurre, precisamente, con el lugar que el cumplimiento específico tiene entre los remedios en caso de incumplimiento contractual– ⁷⁵².

Adicionalmente, hay que considerar que los ordenamientos jurídicos que pueden ser calificados como de Derecho continental, por

biológica; se recurre únicamente a ella con fines didácticos, para evidenciar las coincidencias y las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de derecho. Si esto es válido, todas las clasificaciones deben ser juzgadas en sus propios méritos y ninguna está al abrigo de críticas. Todo depende del marco de referencia en que se desarrolle el análisis y de la preocupación dominante del *jus* comparatista. Las mismas clasificaciones variarán si se pretende un enfoque universal o limitado al ámbito europeo; de la misma manera variarán según se adopte un enfoque sociológico o jurídico. Se podrán efectuar otras clasificaciones según se centre el análisis sobre el derecho público, el derecho privado o sobre el derecho penal” (*Los grandes sistemas*, pp. 13-14).

⁷⁵⁰ Como se sabe, el elemento sustantivo que permite agrupar a estos ordenamientos, en contraposición con el Derecho inglés, es la influencia del Derecho romano, a través del *ius commune* [sobre ello, *infra* nota 758]. Precisamente esto es lo que justifica considerar una aproximación histórica desde una perspectiva general, y no particular a un ordenamiento. Hay otros rasgos compartidos por los ordenamientos de “Derecho continental” que son más bien de “estilo”: el principal de ellos, la preferencia por la formulación escrita del Derecho [sobre todo ello, véase el ya referido trabajo de DE EIZAGUIRRE BERMEJO (2012)].

⁷⁵¹ Valga lo dicho *supra* nota 184.

⁷⁵² En este mismo sentido, HERMAN: “Facile generalisation about contract remedies may also be hazardous in discussion of jurisdictions that travel in a Civilian or Romano-Germanic orbit. Because Civilian jurisdictions [...] have usually elaborated and interpreted their civil and commercial legislation independently of one another, they disclose a range of attitudes toward specific relief” [HERMAN, S., “Specific Performance: A Comparative Analysis (1)”, *ELR*, n. 7, 2003, p. 9].

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

contraposición al *Common Law*, no se limitan a los Derechos europeos (de la misma forma que el *Common Law* no se identifica únicamente con el Derecho inglés): los Derechos latinoamericanos; el de la provincia de Quebec, en Canadá; y el del Estado de Louisiana, en EE.UU., pueden ser incluidos dentro de la categoría “Derecho continental”.

Por lo dicho, determinar la veracidad de esa afirmación de entrada, en relación con el lugar que el cumplimiento específico tiene en este sistema o familia jurídica, requeriría, en estricto rigor, analizar todos y cada uno de los ordenamientos que puedan ser calificados como integrantes del Derecho continental. Ello excede las pretensiones de esta investigación. Como se avanzó, para sopesar la afirmación sobre el lugar del remedio del cumplimiento específico en el Derecho continental, tomo como punto de referencia dos ordenamientos: el alemán y el francés (por las razones que luego se indican, *infra* [241]). Tras ello, se realiza una breve referencia a otros ordenamientos de Derecho continental.

b) El remedio del cumplimiento específico

[229] Lo primero que conviene apuntar es que la expresión “remedio” se utiliza aquí en el mismo sentido en que lo hace la doctrina española moderna, al abordar el estudio de las posibles consecuencias del incumplimiento contractual, lo que se hace desde la perspectiva de la protección del interés del acreedor⁷⁵³.

⁷⁵³ En efecto, hoy este análisis se hace bajo la rúbrica genérica de “remedios” por el incumplimiento, por sobre otras denominaciones más tradicionales, como son las de

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Puede decirse que, utilizada en este sentido, la expresión es un anglicismo –“*remedies*”–, cuya introducción en la doctrina española se debe, sin duda, a la influencia de los textos supranacionales de Derecho contractual: así, en los Principios Unidroit (v. gr. arts. 3.2.4, que en la versión oficial en español es “*remedios*”); en los PECL (v. gr. *Chapter 9: Particular remedies for non-performance*)⁷⁵⁴, en el DCFR (v. gr. *Book III, Chapter 3: Remedies for non-performance*); y en la CISG, en la que también se utiliza la expresión “*remedies*” (v. gr., en el Capítulo II, Sección III, que en inglés es “*remedies for breach of contract by the seller*”) ⁷⁵⁵.

Para MORALES MORENO, “el término remedio [...] tiene la ventaja de su mayor flexibilidad. No está contaminado por la construcción judicialista que históricamente ha acompañado a las medidas de protección del derecho de contratos. Permite incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos. Permite

“derechos” o “acciones” [así, y por poner sólo un par de ejemplos: FENOY PICÓN, N., “La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento”, *ADC*, n. 64, 2011 (4) pp. 1481-1684; y GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco común de referencia”, *ADC*, n. 65. 2012 (1) pp. 29-102].

⁷⁵⁴ Expresión que en España se ha traducido como “*Remedios específicos en caso de incumplimiento*” [en la versión española de los PECL a cargo de BARRES BENLLOCH, P./EMBED IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”)*. Edición: Ole Lando y Hugh Beale, Colegios notariales de España, Madrid, 2003.

⁷⁵⁵ En la versión oficial en español de la CISG, sin embargo, no se utiliza la expresión remedios (el título de la Sección III del Capítulo II de la CISG se traduce como “*Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor*”).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

además referirse a las medidas de protección que se desarrollen fuera del proceso”⁷⁵⁶.

[230] Con la expresión “cumplimiento específico”, se hace aquí referencia a la posibilidad del acreedor de obtener la prestación debida en los términos pactados. Como ya se ha dicho, en el Derecho Continental, la expresión más común para referirse a esta vía es la de *ejecución forzosa* (por oposición a la de ejecución voluntaria) *in natura* o “en especie”⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ MORALES MORENO, A. M., “¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo”, en ALBIEZ, K. (dir.)/PALAZÓN, M.^a L./MÉNDEZ, M.^a (coords.) *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 402.

En el mismo sentido, MORALES MORENO, en otro lugar, expresa: “[e]l término remedio es más adecuado que el término acción (o excepción: por ej.: *exceptio non adimpleti contractus*), con el que tradicionalmente se han designado las medidas de protección del acreedor, por incumplimiento, a las que me refiero. El término remedio, más flexible, no califica la naturaleza jurídica de la medida (pretensión, derecho potestativo). En el moderno Derecho de contratos se trata de evitar, en lo posible, que el acreedor tenga que acudir al juez para ejercitar sus derechos. Se le permite ejercitarlos extrajudicialmente, cuando es posible, por tratarse de derechos potestativos. Por el contrario, la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria, aun contando con un título ejecutivo, requieren el ejercicio judicial, si el obligado no cumple voluntariamente. Pero los otros remedios (resolución, reducción del precio [si se cuenta con un criterio legal de reducción], suspensión del cumplimiento de la propia obligación) admiten el ejercicio extrajudicial, mediante declaración de voluntad del acreedor, a pesar de la oposición (injustificada) del deudor [MORALES MORENO, A. M., “Claves de la modernización del Derecho de Contratos”, en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Wolters Kluwer, 2012, t. III-1, p. 398; cursivas del original].

⁷⁵⁷ La apertura doctrinal española al Derecho comparado y la influencia de la terminología empleada en los instrumentos de *soft law*, han llevado a introducir la noción de “pretensión de cumplimiento”, para hacer referencia a esta vía de satisfacción del interés del acreedor. Esta es la expresión que utiliza, por ejemplo, MORALES MORENO (*La modernización*, p. 40). Ahora, aunque pueda utilizarse esta expresión –pretensión de cumplimiento– es importante recalcar que de lo que trata

Ahora bien, conviene tener presente que desde una perspectiva comparatista, el mayor lugar que se suele reconocer al remedio del cumplimiento específico en los ordenamientos de Derecho continental se explica, al menos en parte, por el restringido alcance que tiene la noción de *specific performance* en el *Common Law* (que es el de una *orden dirigida* al deudor), en comparación con la que tiene la noción de *ejecución in natura* del Derecho continental. En el Derecho continental, la expresión *ejecución in natura* incluye también supuestos de cumplimiento por sustitución (casos en los que el juez, en nombre del deudor, o un tercero, a costa del deudor, ejecuta la prestación). Ya se he hecho referencia a ello (*supra* [197]).

II. UNA BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA IDEA DE QUE EL ACREEDOR TIENE UN DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

[231] Como es sabido, muchas de las diferencias que existen entre el *Common Law* y el Derecho continental pueden explicarse por la recepción medieval del Derecho romano en Europa occidental, que es, como se sabe, un fenómeno que se produce sólo en el continente⁷⁵⁸.

este capítulo es de la *pretensión de cumplimiento específico* (pues, como es sabido, en la doctrina española, hay quienes admiten la existencia de una pretensión de *cumplimiento por equivalente*; sobre ello véase *infra* nota 986).

⁷⁵⁸ La recepción medieval del Derecho romano en Europa occidental tiene como punto de partida el descubrimiento del Digesto, a fines del siglo XI. Desde entonces, su estudio se extiende por el Continente, surgiendo así un nuevo Derecho: el Derecho romano explicado e interpretado por los juristas medievales. Este Derecho constituye, junto con el Derecho canónico, la base de la tradición jurídica continental: el *ius commune* medieval. Como ya se ha apuntado, el surgimiento del *Common Law* se produce en forma paralela, a partir del año 1066 (véase *supra* [201]), sin que pueda hablarse propiamente de “recepción” del Derecho romano, no al menos en la forma en

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

Teniendo en cuenta esto, resulta razonable preguntarse si la aproximación que, se supone, caracteriza a los ordenamientos de Derecho continental en relación con el lugar del remedio del cumplimiento específico (*derecho del acreedor y remedio preferente*) puede ser explicada desde una perspectiva histórica.

[232] Antes de tratar la cuestión, conviene hacer un par de prevenciones.

La primera es que, lógicamente, un estudio en profundidad sobre este punto corresponde a romanistas e historiadores del Derecho y excede con mucho la finalidad de este trabajo. Si aun así se aborda aquí esta cuestión, es con el único objetivo de poner de relieve las dificultades que existen a la hora de intentar explicar, desde un punto de vista histórico, la supuesta preferencia de los ordenamientos de Derecho continental por el remedio del cumplimiento específico, particularmente si la mirada se pone en las obligaciones de hacer.

La segunda prevención es que, en la respuesta a la pregunta por el lugar que se reconoce al remedio de cumplimiento específico, inciden *dos aspectos conceptualmente distintos*. Por un lado, está la cuestión de Derecho sustantivo, la de saber si se reconoce al acreedor un *derecho a*

que fue recibido en el continente (*cfr.* DE CRUZ, *Comparative Law*, p. 100; y véase, para profundizar sobre ello, ZAMORA MANZANO, J. L., "Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en el Common Law", *RCJ*, n. 5, 2000, pp. 417-430). Hasta antes de esta recepción en el continente, existía una base jurídica compartida en Europa occidental, incluida Gran Bretaña, de base germánica [*cfr.* DONDORP, H., "Specific Performance: A historical perspective" en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 265].

obtener una sentencia favorable, que condene al deudor al cumplimiento de la prestación in natura. Por otro lado, está la cuestión del Derecho adjetivo o procesal, que consiste en determinar si existen –y en su caso, cuál es su naturaleza– *vías (procesales) para hacer efectivo dicho derecho, si es que éste se le reconoce.* El problema es que, al buscar las bases históricas de la supuesta preferencia del Derecho continental por el cumplimiento específico de la obligación contractual, resulta muy difícil separar ambos elementos: la distinción entre un Derecho “sustantivo” y otro “adjetivo” es, precisamente, uno de los principales aportes del *ius commune* medieval ⁷⁵⁹. Ello implica, en lo que aquí interesa, el paso de un enfoque teórico que es más bien de carácter procesal (“*ubi remedium, ibi ius*”), a un enfoque teórico que es más bien sustantivo (“*ubi ius, ibi remedium*”) ⁷⁶⁰.

1. EL DERECHO ROMANO

[233] Si se centra la mirada en el Derecho romano clásico, parece posible afirmar que *no existe un derecho al cumplimiento específico*. Para la doctrina romanista es claro que el principio que presidía el procedimiento formulario era, que la única condena posible en

⁷⁵⁹ Cfr. MARGADANT, G., *La segunda vida del Derecho romano*, Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1986, p. 171 y ss.

⁷⁶⁰ Efectivamente, como explica VAN CAENEGEM, en la actualidad, los ordenamientos de Derecho continental, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho romano, y a diferencia también de la aproximación del *Common Law*, “are familiar with a clear-cut distinction between substantive rules and the forms of process. There is a *Code civil* and a *Code de procédure civile*; there is a *Zivilprozessordnung* and a *Bürgerliches Gesetzbuch* [...]” (VAN CAENEGEM, R. C., *European Law in the past and the future, Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge University Press, 2001, pp. 48-49).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

caso de incumplimiento de una obligación, con independencia de su fuente o naturaleza, lo era al pago de una suma de dinero: *omnis condemnatio pecuniariae*⁷⁶¹. Sin perjuicio de algunas fuentes indirectas ⁷⁶², la principal evidencia de la vigencia de este principio en el Derecho clásico es el siguiente texto de GAYO (4.48):

“La condenación de todas las fórmulas que la lleven consiste en una cantidad de dinero. Si pedimos una cosa corporal, por ejemplo, un fundo, un esclavo, un vestido, oro o plata, el juez no condena al demandado a la cosa misma, como solía hacerse antes, sino que le condena a la cantidad de dinero en que se ha valorado el objeto o la cosa” ⁷⁶³.

[234] En otros períodos o fases del Derecho romano, sin embargo, la vigencia de la regla *omnis condemnatio pecuniariae* resulta, al menos, discutible.

En efecto, la misma afirmación de GAYO, en el pasaje transcrito, de que *“el juez no condena al demandado a la cosa misma, como solía hacerse antes”*, da pie para pensar que el cumplimiento específico habría tenido un lugar más importante *en el pasado*. En este sentido, el hecho de que existieran ciertas vías de *ejecución sobre la persona*, ha sido utilizado como argumento para sugerir que el Derecho romano, al menos en el *período pre-clásico*, no era contrario al principio del cumplimiento

⁷⁶¹ Sobre el punto, véase, por ejemplo, ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, pp. 770-771; y DAWSON, J., “Specific performance in France and Germany”, *Mich.LR.*, n. 57, 1958-1959, p. 496.

⁷⁶² *Cfr.* DAWSON (1959) p. 496.

⁷⁶³ Trad. SAMPER POLO, *Las instituciones*.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

específico. Esas vías de ejecución sobre la persona del deudor, se entiende, operarían como vías de *coacción indirecta*, una suerte de amenaza que favorecería el cumplimiento específico de las obligaciones⁷⁶⁴.

Entre esas medidas suele destacarse la *manus injectio*, que, como es sabido, implicaba el apoderamiento de la persona física del deudor, y la posibilidad de venderlo *trans Tiberim*⁷⁶⁵. No obstante hay que tener presente que la *manus injectio*, como acción ejecutiva, requería que la extensión de la responsabilidad estuviera determinada numéricamente en dinero⁷⁶⁶.

También suele mencionarse, como argumento a favor de la idea de un derecho al cumplimiento específico, la posibilidad de matar al

⁷⁶⁴ Y *a contrario sensu*, la inexistencia de estas vías en el Derecho romano clásico (reemplazadas por vías de ejecución sobre el patrimonio) abona la conclusión en relación con el Derecho clásico, ya que la inexistencia de esas vías de ejecución es consistente con la idea de que el acreedor sólo puede obtener una condena en dinero, y también es consistente con el principio de que toda obligación, para ser válida, debe ser apreciable en dinero (*cfr.* GIRARD, *Manuel Élémentaire*, pp. 642-643).

En la base de este cambio (el paso de una ejecución personal a una patrimonial) se hallaría una sensibilidad distinta hacia el deudor: la ejecución directa sobre la persona del deudor se comenzó a considerar como *algo excesivo* (así, por ejemplo, BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, 3.ª ed., Universidad de Sevilla, 2007, pp. 155-157; y MAY, *Éléments de Droit romain*, t. 2, pp. 50-51). WINKEL, en el mismo sentido, plantea que se comenzó a considerar que un ciudadano romano no podía perder su libertad por el sólo hecho de que no hubiera cumplido con sus obligaciones [*cfr.* WINKEL, L., "Specific Performance in Roman Law" en DONDORP H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, p. 10].

⁷⁶⁵ Que la existencia de esta medida permite sugerir que el Derecho romano pre-clásico no era contrario al cumplimiento específico ha sido propuesto, entre otros, por DE ROSSI, M., "Historical and comparative notes on the first origin of specific performance", *JR.* n. 48, 1936, p. 130, y por WINKEL (2010) pp. 9-10.

⁷⁶⁶ *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ, A., "En torno al *ordo iudiciorum privatorum*", *AFDUE*, n. 12-13, 1994-1995, pp. 485-486, y nota 32.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

deudor y de dividirse el cuerpo entre los acreedores (*partes secanto*). Sin embargo, conviene destacar, que esta posibilidad de matar al deudor haya sido admitida efectivamente en el antiguo Derecho romano *es un punto discutido* en la doctrina romanista ⁷⁶⁷.

Tampoco es clara la vigencia y el alcance del principio *omnis condemnatio pecuniariae* en el período *posclásico del Derecho romano*. En este sentido, se ha sostenido que bajo el procedimiento *cognitio extraordinem* ⁷⁶⁸ era posible que se condenara al demandado al cumplimiento específico de la obligación ⁷⁶⁹, y, además, que era posible utilizar la fuerza pública para ejecutar la condena ⁷⁷⁰. Sin embargo, *no parece posible concluir* que, en el período posclásico, el cumplimiento específico de la obligación contractual haya sido considerado como un derecho sustantivo del acreedor ⁷⁷¹. Y en todo caso, no parece posible

⁷⁶⁷ Y de hecho, hoy se sugiere que trata de una cuestión discutida ya entre los glosadores. Para profundizar sobre ello, véase, DONDORP, H., “*Partes secanto*. Aulus Gellius and the Glossators”, *RIDA*, n. 57, 2010, pp. 131-144.

⁷⁶⁸ Para una exposición sobre el paso del procedimiento formulario al llamado *cognitio extraordinem* en Roma, considerando la evidencia reciente, véase TURPIN, W., “Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem”, *RIDA*, n. 46, 1999, pp. 499-574. En este trabajo, el autor sostiene que entre los romanos no puede decirse que sea claro que el llamado *cognitio extraordinem* se considerase un procedimiento distinto, conclusión a la que llega tras analizar críticamente los textos en los que tal afirmación se ha sostenido tradicionalmente.

⁷⁶⁹ En este sentido, se ha sugerido que es posible concluir –a pesar del carácter fragmentario de las fuentes– que en la época posclásica, el cumplimiento específico podía obtenerse “cada vez que los jueces lo considerasen adecuado” [cfr. DAWSON (1959) p. 500].

⁷⁷⁰ Por ejemplo, tomando los bienes que debían entregarse y que estaban en posesión del deudor, u ordenando la prisión del deudor (cfr. MOUSURAKIS, G., *A legal History of Rome*, Routledge, London/New York, 2007, p. 175).

⁷⁷¹ Así, por ejemplo, de las palabras de DAWSON (1959) p. 500 (*supra* nota 769) más bien se desprende que el cumplimiento específico se trataría de un remedio discrecional, no de un “derecho” del acreedor.

hablar de un derecho al cumplimiento específico tratándose de *obligaciones de hacer*: las fuentes únicamente parecen considerar la posibilidad de obtener el cumplimiento específico tratándose de obligaciones que consisten en *transferir o restituir la propiedad* ⁷⁷².

2. LA DOCTRINA DE LOS GLOSADORES Y DE LOS COMENTARISTAS

[235] Los juristas medievales encontraron, en los textos justinianeos, elementos para entender que en el Derecho romano *era posible la condena al cumplimiento específico* de la obligación.

En este sentido, HALLEBEEK plantea que, de partida, no había base para considerar el principio *omnis condemnatio pecuniariae* como una regla básica del procedimiento, puesto que el texto de GAYO 4.48, antes transcrito (que es, como se ha indicado, la principal fuente de

Además, se ha sostenido que los textos en los que se apoya la posición favorable al cumplimiento específico *ofrecen una base muy débil* para poder concluir que en el procedimiento *cognitio extraordinem* se hubiera abandonado el *omnis condemnatio pecuniariae* como regla general. El principal de esos textos es Cód. 7.4.17, referido al cumplimiento de un legado. En síntesis, el caso que se presenta en Cód. 7.4.17 es el siguiente. Se dió un legado de un esclavo, con la carga de liberarlo. El heredero se niega a cumplir con el legado, y es demandado por el legatario. El juez, en vez de condenar al heredero a entregar el esclavo, le condena a pagar una indemnización al legatario. Justiniano opina que, si se presenta esta cuestión, ningún juez debe ser tan estúpido (*stultum*) de fallar de esta forma, y que, si el legatario insiste en la entrega del esclavo, y han transcurrido dos meses, debe decretarse que el esclavo queda libre. WINKEL opina que la solución de Justiniano, de que debe ordenarse la entrega en especie del esclavo, y no la condena en dinero, podría justificarse por otras vías, por ejemplo, como aplicación de la regla *favor libertatis*, que aparece constantemente en los primeros 24 Títulos del Libro 7 del Código. El mismo autor analiza otros textos que se consideran evidencia del derecho al cumplimiento específico en el Derecho Justiniano, poniendo de relieve la dificultad que existe para obtener tal conclusión [(2010) pp. 13-15].

⁷⁷² Así, GIRARD, *Manuel Élémentaire*, p. 1070; y en el mismo sentido ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, pp. 770-773.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

información con que cuenta la doctrina romanista moderna sobre este punto) no fue conocido por los juristas medievales, dado que no fue recogido en las Instituciones de Justiniano.

Además –como agrega el mismo autor– la limitada interpretación de los textos por parte de glosadores y comentaristas, en el sentido de que no se consideraba ni el contexto histórico de las reglas, ni se admitía la posibilidad de interpolaciones, facilitó una lectura más favorable al cumplimiento específico de las obligaciones contractuales ⁷⁷³.

Sin embargo, la posibilidad de obtener el cumplimiento específico de la obligación *sólo fue admitida sin discusión* tratándose de *obligaciones de dar (dare)*, y por extensión, tratándose de obligaciones *restituere (restituere)* ⁷⁷⁴. En efecto, el determinar cuál era la posición de los

⁷⁷³ Cfr. HALLEBEEK, J., "Introduction", en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, p. 3.

El segundo punto – la existencia de interpolaciones, no consideradas por los juristas medievales– queda bien ejemplificado con la interpretación que se hizo de D. 6.1.68 como base del derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico en las obligaciones de dar (transcrito en la nota siguiente). Para una muy clara síntesis de la forma en que los glosadores y comentaristas se aproximaron a los textos de Derecho romano, véase GUZMÁN BRITO, "*Mos Italicus y mos Gallicus*", *RDPUVCV*, n. 2, 1978, pp. 11-40.

⁷⁷⁴ En efecto, en la doctrina existe consenso sobre el hecho de que ya entre los glosadores se admitió que en este tipo de obligaciones (*dare, restituere*) el acreedor tenía derecho a obtener el cumplimiento específico (es decir, que tenía derecho a que se condenara al deudor a la entrega), y que la cosa podía obtenerse con el auxilio de la fuerza pública (*manu militari*). Así, por ejemplo, DAWSON (1959) pp. 500-502; HALLEBEEK, J./MERKEL, T., "Simon Groenewegen van der Made on the enforcement of *obligationes faciendi*", en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, p. 82; y WINKEL (2010) pp. 15-16. Según los citados autores, esta interpretación tiene por base, entre otros textos, D. 6.1.68 (con corchetes agregados, que explico de inmediato):

juristas medievales en relación con la posibilidad de obtener el cumplimiento específico tratándose de *obligaciones de hacer (facere)* es un punto *complejo*, básicamente por dos motivos. El *primer* motivo es que la cuestión no se plantea como tal, sino que se plantea desde una perspectiva o bien más amplia (la del cumplimiento de la “obligación” sin diferenciar su fuente) o bien más restrictiva (o sea, en relación con supuestos específicos de obligaciones de hacer, siendo el principal de ellos, la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida)⁷⁷⁵. El

“El que habiéndoselo mandado que restituyera no obedece al juez, sosteniendo que no puede restituir; [si verdaderamente tuviera la cosa, por ministerio del juez se transfiere de él la posesión a mano armada, y se hace la condena tan sólo por razón de los frutos y de toda otra causa de utilidades. Pero si no puede restituir,] si es que con dolo hizo que no pudiera, ha de ser condenado en cuanto el adversario hubiere jurado para el pleito, sin tasación alguna, hasta lo infinito. Mas si no puede restituir, y no hizo con dolo de modo que no pudiera, debe ser condenado en no más de cuanto vale la cosa, esto es, de cuanto importe al adversario. Esta resolución es general, y tiene aplicación para todo, ya sean interdictos, ya acciones reales, personales, en virtud de lo que se restituye alguna cosa por sentencia arbitral del juez” (trad. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho romano*).

Los corchetes encierran la parte del texto que puede ser considerada una *interpolación* [así, DAWSON (1959), pp. 500-502, para quien la interpolación sería obra de los compiladores; y WINKEL (2010), pp. 12-13, aunque éste cree que es más probable pensar que la interpolación fuera anterior a la compilación justiniana].

Como se puede observar, la lectura del texto permite concluir que, en la medida que la cosa debida exista y esté en poder del deudor, es posible obtenerla con auxilio de la fuerza.

⁷⁷⁵ Cfr. DONDORP, H., “*Precise cogi*, Enforcing Specific Performance in medieval legal scholarship” en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 26-31. Este aspecto había sido puesto de relieve por el mismo autor, aunque con menos detalle, unos años antes [cfr. DONDORP (2008) pp. 267-276].

Cabe recordar, que en el Derecho romano la obligación de entregar el bien vendido *no* es obligación de *dare*, sino que es obligación de *facere*. Lo explica con claridad PÉREZ ÁLVAREZ: “[e]l comprador (*emptor*) vendrá obligado esencialmente a pagar el precio y el vendedor (*venditor*) a entregar la cosa, pero no se le exige que haga propietario al comprador del objeto vendido. En este sentido, no hay duda en las fuentes, los textos que se conservan son unívocos: la compraventa romana se caracteriza porque el vendedor no está obligado a *dare*, que en sentido técnico significa transmitir la

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

segundo motivo es que existieron opiniones contradictorias entre los juristas⁷⁷⁶.

propiedad, sino a *tradere possessionem* o a *vacua possessio tradere* (obligación de *facere*), que consiste en proporcionar una posesión libre y pacífica de la cosa vendida” [PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a P., “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo”, *RJUAM*, n. 14, 2006, p. 204; cursivas del original].

⁷⁷⁶ Efectivamente, los autores señalan que los juristas se encontraron con textos contradictorios. Por ejemplo, de D. 39.1.21.4 parece posible desprender que la elección entre la indemnización de daños y el cumplimiento específico corresponde al acreedor [*“Pero ya si el negocio fuera juzgado, ya si no fuese defendido, se incurre en la estipulación para esto, para que sea repuesta la cosa á arbitrio de buen varón. Pero si así no hubiere sido repuesta, dará tanto dinero cuanto importare la cosa, si esto le pluguiere al demandante”* (trad. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho romano*)]. Pero, de D. 42.1.13.1 (que recoge un texto del jurista clásico Celso), parece desprenderse lo contrario [*“Si alguno hubiere prometido que él impediría que el estipulante sufriese algún daño, é hiciera la cosa, y por ella no sufriera daño el estipulante, hace lo que prometió; mas si no lo hizo, como no hizo lo que prometió, es condenado a una cantidad de dinero, como acontece en todas las obligaciones de hacer”* (trad. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho romano*)].

A la luz del principio *omnis condemnatio pecuniariae* la precisión final de Celso, en el transcrito D. 42.1.13.1 [*“como acontece en todas las obligaciones de hacer”* (*sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*)] parece de más. Y por esto, no resulta fácil de interpretar para los autores modernos. HALLEBEEK sugiere que tal precisión difícilmente podía ser tomada por los medievales como evidencia de que la regla general era *omnis condemnatio pecuniariae*, porque la interpretación lógica es que este pasaje sólo se refiere a un particular tipo de obligación, no a las obligaciones en general, de modo que el cumplimiento específico podía ser admitido en otros casos [(2010b) p. 3]. WINKEL ve aquí una prueba del desarrollo dogmático en relación con los distintos posibles contenidos de la obligación, y sugiere que en este pasaje no hay referencia a las obligaciones de *dare* y a las de *restituere* porque en ellas el cálculo de la *aestimatio pecuniaria* es más fácil [(2010) p. 11]. DAWSON, en cambio, considera que ese pasaje –D. 42.1.13.1– no ofrece bases para distinguir entre obligaciones de dar y de hacer en relación con el cumplimiento específico, porque considera que la expresión “obligaciones de hacer” debe ser interpretada en un sentido amplio. En apoyo de esta tesis, propone leer el pasaje a la luz de otro, un texto de Ulpiano en D. 45.1.72. En este último pasaje, se recoge la opinión de Ulpiano, quien sostiene que si ha estipulado “hacer alguna cosa” y no se cumple debe condenarse al pago de una suma de dinero, citando la doctrina de Celso. Y para Ulpiano “hacer una cosa” incluye no sólo acciones o abstenciones, sino también la entrega de algo. En efecto, los ejemplos que se ofrecen en este pasaje son transferir un fundo, crear una servidumbre o construir una casa [(1959) p. 501 y ss.].

[236] Pues bien, y pese a lo que se acaba de decir, parece existir cierto consenso en que, *entre los glosadores*, terminó por prevalecer la idea de que, como regla general, *el cumplimiento específico de las obligaciones de hacer (facere) sí era posible*, tanto respecto de la obligación de entregar el objeto vendido⁷⁷⁷, como respecto de otras obligaciones de hacer, consistentes en realizar servicios o trabajos (por ejemplo, en el marco del contrato de *locatio conductio*)⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ DONDORP sostiene que *fue objeto de discusión entre los primeros glosadores* el que existiera derecho al cumplimiento específico de la obligación de entrega de la cosa vendida, siendo la posición mayoritaria aquella que entendía que no era posible obtener el cumplimiento específico de esta obligación y que en consecuencia, el vendedor podía liberarse bien entregando, bien indemnizando los daños. Esta era, por ejemplo, la posición de Azo (1150-1230), para quien la regla general era que en las obligaciones de hacer es el acreedor quien elige si demanda el cumplimiento o la indemnización de daños, siendo la obligación del vendedor una excepción a este principio, y que *la compraventa daba origen a una obligación alternativa*: entregar el objeto debido o compensar los daños, con base en Cód. 4.49.4 [*“Si por procacidad del vendedor no se hiciera la entrega de la cosa vendida conforme al contrato de compra, el presidente de la provincia cuidará de comprender en la tasación de la condenación tanto cuanto hubiere juzgado que interesaba que se perfeccionase la compra”* (trad. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho romano*)]. DONDORP afirma que, siguiendo esta posición, otros glosadores propusieron que el vendedor que prefiere indemnizar los perjuicios puede conservar el objeto vendido (compárese esta idea con la descripción del juez HOLMES en relación con el sistema de remedios en el *Common Law*, *supra* [194]). Sin embargo, indica DONDORP, al final del siglo XIII se había impuesto la solución contraria: el cumplimiento específico de la obligación de entregar era posible, y la elección entre la entrega o el pago del equivalente correspondía al comprador, no al vendedor [(2010c) pp. 32-39, también para una exposición sobre esta discusión, las diversas posturas y las fuentes en que se apoyan los distintos argumentos].

⁷⁷⁸ Tratándose de obligaciones de hacer distintas de la de entregar, DONDORP sostiene que, en general, se admitió el cumplimiento específico. Así ocurre con la obligación de realizar trabajos o servicios en el marco de *locatio conductio*: los glosadores consideraron que el empleador tenía derecho al cumplimiento específico del contrato, con base en Cód. 4.65.22 [*“Si aquellos, contra quienes suplicas, te hubieren dado en arrendamiento sus propios servicios, habiéndose hecho la locación por cierto tiempo, con conocimiento de causa mandará el juez competente que, en cuanto lo consiente la buena fe, se observe la convención”* (trad. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho romano*)].

Esa era la solución, al menos *tratándose de contratos por un tiempo determinado*, pues en relación con los contratos para toda la vida se planteó una discusión sobre su

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[237] En cambio, entre los *comentaristas* terminó por imponerse la idea de que, por regla general *no era posible la condena al cumplimiento específico tratándose de obligaciones de hacer (facere)*. Ello se debe a la influencia de la doctrina de BARTOLO DE SASSOFERRATO (1314-1357). BARTOLO es el primer autor que ordena y sistematiza la discusión sobre el cumplimiento específico. Distinguió, primero, las obligaciones contractuales, de aquellas que no lo eran. Y tratándose de *obligaciones contractuales*, BARTOLO sostuvo que la condena al cumplimiento específico era posible y estaba justificada únicamente en las obligaciones de *dare* y de *restituere*, pero *no* en las obligaciones de *facere*, salvo en casos excepcionales. Para BARTOLO, uno de esos casos excepcionales era la obligación de *entregar el objeto vendido* porque, pese a considerarse ésta una obligación de *facere*, se acercaba en muchos aspectos a una obligación de *dare*⁷⁷⁹. Así, la obligación de hacer

validez. El argumento principal para considerar nulos estos contratos, planteado por IRNERIUS (1050-1130), es que admitir un contrato para toda la vida importaría la esclavitud. Se retrucó que, por regla general, el prestador del servicio podía cumplir por sustitución, y que podía liberarse indemnizando los daños, de manera que el contrato era válido, pero que, en este caso, no podía ordenarse el cumplimiento específico [sobre todo ello véase DONDORP (2010c) pp. 41-43]. Posiblemente en esta discusión se encuentre el origen histórico de la regla del art. 1780.I *Code civil* (“*On ne peut engager ses services qu’à temps, ou pour une entreprise déterminée*”), que corresponde al art. 1583.I del CC español (“*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo*”).

⁷⁷⁹ Según muestra DONDORP, BARTOLO, al expresar el principio de que las obligaciones de *facere* no admiten cumplimiento específico, y que sólo dan paso a una obligación de indemnización de daños, explica que tal solución se funda en las diferencias que existen entre las obligaciones de *dare* y las de *facere*. Entre otras, BARTOLO señala las siguientes diferencias: *i)* que las obligaciones de *dare* requieren sólo un momento para su cumplimiento, a diferencia de las de *facere*, que requieren tiempo para su ejecución, por tanto imponer su cumplimiento implicaría una especie de esclavitud; *ii)* que en las obligaciones de *dare* no es relevante cuándo ni por quién se cumplan; en cambio en las de *facere* sí es importante por quién se cumplan, y deben ejecutarse de día o de noche,

daba origen –por regla general– a una *obligación alternativa* (por tanto, a elección del deudor): cumplir o indemnizar los daños (*obligatio ad interesse*)⁷⁸⁰.

3. EL DESARROLLO POSTERIOR

[238] La expuesta doctrina de BARTOLO, como es sabido, influirá decisivamente en la doctrina jurídica europea de los siglos siguientes⁷⁸¹.

Estudios recientes ofrecen evidencia de lo que se acaba de decir. Así, por ejemplo, se ha mostrado que la doctrina de BARTOLO fue seguida por la mayoría de los juristas españoles del siglo XVI [así lo señala HALLEBEEK (en 2010)]⁷⁸². Y también, que algunos de los principales

con salud o con enfermedad, etc.; iii) que en las obligaciones de *facere*, el acto que debe ejecutarse siempre es *incertum*, porque no existe hasta que se ejecuta, mientras que en las obligaciones de *dare* siempre se debe algo cierto, desde el comienzo. El propio BARTOLO destaca que *esas particularidades* no siempre están presentes en todas las obligaciones de hacer, y que especialmente no lo están en la obligación de entrega de la cosa vendida [(2010) p. 62; con referencia al comentario 13 de Bartolo al texto de D.45.1.72].

⁷⁸⁰ Sobre el debate entre los comentaristas, y el aporte de la doctrina de BARTOLO, con descripción de los argumentos que apoyan su posición, y la discusión sobre otros casos excepcionales (propuestos por el propio BARTOLO y por otros comentaristas posteriores) véase, por ejemplo: DAWSON (1959) pp. 504-506; DONDORP (2010c) p. 50 y ss.; HALLEBEEK, “Specific Performance in Obligations to Do according to Early Modern Spanish Doctrine” en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (edits.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 61-62; y OOSTERHUIS, J., *Specific performance in German, French and Dutch Law in the nineteenth century: remedies in an age of fundamental rights and industrialization*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011, p. 30 y ss.

⁷⁸¹ En palabras de DONDORP: “Bartolus’ treatment of specific performance became the almost exclusive point of reference in fifteenth and sixteenth-century *ius commune*, especieally for jurist adhering to the tradition of the *mos italicus*” [(2010c) p. 53].

⁷⁸² HALLEBEEK (2010c). En este trabajo, el autor analiza la discusión sobre el cumplimiento específico de las obligaciones de hacer en la doctrina española del siglo

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

autores holandeses del siglo XVII –como GROTIUS (1583-1645) y VINNIUS (1588-1657)– admitían como regla que el deudor de una obligación consistente en un puro hacer (un *factum nudum*, expresión utilizada para diferenciar esta obligación de hacer, de aquella consistente en entregar algo) podía liberarse ofreciendo al acreedor compensar su interés pecuniario [así lo indican, por ejemplo, HALLEBEEK/MERKELL (en 2010) ⁷⁸³; y también DONDORP (en 2010) ⁷⁸⁴].

XVI, aunque su estudio no se limita a las obligaciones contractuales. El autor ofrece evidencia de que la consecuencia del incumplimiento de una obligación de hacer es un punto tratado por algunos autores, y que la mayoría adscribe a los postulados de BARTOLO, entendiendo que el cumplimiento específico no es posible en las obligaciones de hacer; aunque consigna igualmente la existencia de opiniones divergentes, y el hecho de que se admitía una serie excepciones a la regla. Entre las opiniones divergentes, destaca el autor la de LUIS DE MOLINA (1535-1600). Muestra HALLEBEEK que para DE MOLINA, era discutible que un deudor que puede todavía ejecutar la obligación debida *in specie* pueda liberarse, incluso contra los deseos del acreedor, pagando una suma de dinero. Según DE MOLINA, los textos en los que se apoya la posición contraria, esto es, la que entiende que el deudor puede liberarse [D.45.1.72; D. 42.1.13; *supra* nota 776] no permiten tal conclusión, y que lo único que puede desprenderse de dichos textos es que, en caso de incumplimiento del deudor (*mora, culpa*), es el acreedor quien puede elegir entre el cumplimiento y la indemnización de daños. Según expone HALLEBEEK, DE MOLINA arguye que entender que esos textos autorizan al deudor a que pueda, una vez que ha asumido una obligación de hacer, cambiar de parecer y pagar los daños para liberarse, no tiene sentido, y que tal solución supondría una regla contraria a la naturaleza de las cosas, que no tiene justificación; y que si ese fuera el sentido de esas reglas del Digesto, “entonces deberían ser derogadas y eliminadas del Corpus Iuris” [cfr. (2010c) pp. 63-64, con indicación de la fuente: DE MOLINA, L., *De justitia et jure opera omnia II*, Venecia, 1614, disp. 562, n. 4, p. 832].

⁷⁸³ HALLEBEEK/MERKEL (2010) pp. 84-85. Estos autores destacan también la existencia de posiciones divergentes, como la de GROENEWEGEN (1613-1653), uno de los más reconocidos juristas holandeses del siglo XVII, quien opinaba que negar el cumplimiento específico era una solución que podría ser insuficiente, y que en consecuencia, podía admitirse el arresto como vía indirecta para constreñir al deudor a cumplir; posición que encontraba apoyo en la existencia, por ese entonces, de ordenanzas procesales que admitían esta vía de coacción.

⁷⁸⁴ Cfr. DONDORP, H., “Decreeing Specific Performance: a (Roman) Dutch Legacy”, en VAN DEN BERGH, R. /VAN NIEKERK, G. (eds.) *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law*,

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Es más, esta idea de que el acreedor *no tiene derecho* a obtener el cumplimiento específico en las obligaciones de hacer –idea que terminó expresándose a través del conocido adagio *nemo potest praecise cogi ad factum*, cuya formulación suele atribuirse al jurista saboyardo Antonii FABRI [o Antoine FAVRE (1557-1624)]⁷⁸⁵– será luego recogida en el *Code civil français* de 1804, en su art. 1142. Ahora bien, aun cuando, por lo que se ha dicho, resulta evidente que el *nemo potest praecise cogi ad factum* expresa una regla que era considerada como regla general (y por tanto, que admitía excepciones)⁷⁸⁶, el *Code civil* parece convertirla

Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas, Fundamina (editio specialis), Unisa Press, Pretoria, 2010, pp. 43 y ss.

⁷⁸⁵ En este sentido, por ejemplo, H. CAPITANT, que indica que FAVRE hace dicha formulación a propósito del comentario al D. 8, 5, 6, 2, en su obra *Rationalia* [cfr. CAPITANT, H. (dir.) *Adages de droit français. Extrait du vocabulaire juridique*, Paris, 1936, p. 14]. El nombre completo de la obra *Rationalia*, de autoría de FABRI, a la que se hace referencia en el texto de CAPITANT, es *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Chouet, 1619. Dicho pasaje del Digesto trata sobre la acción a que da lugar la servidumbre, en particular, sobre si es posible exigir al dueño de la cosa sirviente que realice reparaciones (en una pared que soporta una carga), recogándose diversas opiniones de los autores. Se recoge la opinión de GAYO, según el cual no es posible, porque la reparación corresponde al dueño de la servidumbre, no al dueño de la cosa sirviente; pero luego se dice que, en este caso, prevaleció la opinión de Servio, de que cualquiera pueda defender que tiene derecho para obligar al adversario a reparar (*cogere adversiarum reficere*) la pared. Y efectivamente, en el t. 2 de *Rationalia* (a propósito de este pasaje del Digesto, y en particular sobre la expresión *cogere adversiarum reficere*) FABRI señala, como razón para la duda (*ratio dubitendi*): “*Nemo praecise cogitur ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non posset, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest*” [texto que podría traducirse como: “Nadie puede ser obligado a un hecho preciso, porque no se podría obtener sin violencia y agresión; de ahí que en las obligaciones de hacer se debe pagar los daños (el *quod interest*)”].

⁷⁸⁶ Para los casos excepcionales, el empleo de medidas de coacción que aseguren la efectividad de la condena al cumplimiento específico siempre se ha considerado algo justificado. Tratándose de obligaciones de hacer distintas de la de entregar o restituir (respecto de éstas, como ya se ha dicho, se admite como vía de ejecución el apoderamiento *manu militari*), ya desde la época de los glosadores se ha admitido que la ejecución puede obtenerse por vías indirectas (medidas destinadas a vencer la resistencia del deudor), tales como la *multa* y el *arresto*. Sobre las medidas de

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

en una regla absoluta, pues el art. 1142 *Code civil* prescribe que “*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur*”. Sobre este artículo del *Code civil*, vuelvo más adelante (*infra* [252] y ss).

[239] Considerando lo que se ha dicho hasta ahora, uno podría pensar que la idea generalizada que se tiene sobre la aproximación del Derecho continental al cumplimiento específico –que es un derecho del acreedor– carece de suficiente base histórica, al menos si quiere extenderse esa idea a toda clase de obligación, incluidas las de hacer. Sin embargo, en la tradición jurídica continental confluyen otros

ejecución admitidas por los juristas medievales, véase DONDORP (2010c) pp. 24-26, quien agrega que, además, podían tomarse objetos del deudor en prenda, como garantía del cumplimiento; y que también funcionaba como medida de coerción el llamado “juramento estimatorio”: el demandado que no cumplía podía ser condenado a pagar la suma que el demandante consideraba que era el valor de la prestación debida, valor que podía acreditar bajo juramento, sin arriesgar cometer perjurio, y que podía exceder los perjuicios reales ocasionados.

En un trabajo reciente, HALLEBEEK ofrece evidencia de que esas *medidas indirectas* de coacción (principalmente el arresto o la multa) eran utilizadas en toda Europa en los siglos XVI y XVII; y señala que el uso de *vías directas* de coacción (esto es, medidas dirigidas directamente a obtener el cumplimiento específico) *ha sido, históricamente, muy excepcional*. HALLEBEEK recoge dos ejemplos de medidas directas de ejecución. El primero de ellos es el que interesa, pues es un supuesto propiamente contractual. Se trata de un caso recogido por el jurista del siglo XIII ODOFREDUS († 1265): un copista que se había obligado a trabajar por todo un año y a realizar el trabajo por sí mismo, o sea, con sus propias manos. Aunque la regla general era que nadie podía ser compelido a ejecutar un acto en especie, se decidió que *en este caso esa posibilidad estaba justificada*, y que el copista no podría liberarse pagando los daños ni realizando el trabajo a través de otro. La principal razón que justificaba esta solución era que otro copista no tendría la misma caligrafía. En consecuencia, se admitió que el copista podía ser *encadenado a su escritorio a fin de obligarlo a terminar el trabajo*. A diferencia del arresto, la medida empleada en este caso no estaba dirigida a cambiar la voluntad del deudor, sino que se trataba de una medida dirigida *directamente* a obtener el cumplimiento [HALLEBEEK, J., “Direct Enforcement of Obligations to Do. Two local manifestations of the Ius Commune”, en GUBBELS, M./JANSEN, C. J. H. (eds.) *Regio. Rechtshistorische opstellen aangeboden aan dr. P.P.J.L. van Peteghem*, Werken Gerard Noodt Instituut, Nijmegen, 2010, pp. 33-44].

elementos que podrían explicar, desde una perspectiva histórica, la idea de que el cumplimiento específico se considere un derecho del acreedor en todo tipo de obligaciones (incluidas las de hacer).

[240] *En primer lugar*, convendría considerar la influencia que, en relación con el remedio del cumplimiento específico, pudo tener el *Derecho canónico*. Como es ampliamente sabido, el Derecho canónico jugó un rol muy importante en la formación del *ius commune* y en particular, en la construcción de la teoría del contrato⁷⁸⁷. Sobre esta posible influencia, simplemente quisiera destacar *tres ideas*. La *primera* es que la posibilidad de ordenar el cumplimiento específico, como regla general, parece haber sido admitida por la mayoría de los canonistas⁷⁸⁸. La *segunda* idea es que en los tribunales eclesiásticos comenzó a ordenarse el cumplimiento específico a partir del siglo XV, precisamente como una respuesta a la doctrina de BARTOLO⁷⁸⁹. Y la *tercera* idea es que, como es sabido, uno de los principales aportes del Derecho canónico a la teoría del contrato es el principio del *pacta sunt servanda*⁷⁹⁰, principio que se ha conectado lógicamente con el derecho

⁷⁸⁷ Para una visión general sobre la influencia del Derecho canónico en la construcción del *ius commune*, véase MARGADANT, *La segunda vida del Derecho romano*, especialmente el capítulo 12, y también en el capítulo 14, pp. 164 y ss. Y, sobre la influencia del Derecho canónico en la construcción de la teoría general del contrato, (especialmente durante los siglos XVI y XVII), véase DECOCK, W. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, especialmente, pp. 121 y ss.

⁷⁸⁸ Cfr. HALLEBEEK (2010c) pp 70-71.

⁷⁸⁹ Cfr. DONDORP (2010c) p. 22.

⁷⁹⁰ Los glosadores, a partir de las fuentes justinianeas, elaboraron una teoría general del contrato (sobre la base de la noción de “pacto”) que puede sintetizarse así: “un pacto sin *vestimentum* no produce obligación ni acción, y se llama *pactum nudum*. Sí

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

del acreedor a exigir el cumplimiento específico: aquél sirve de fundamento de éste⁷⁹¹.

[241] Convendría, igualmente, considerar la influencia de la doctrina de la *Escuela del Derecho natural*⁷⁹². En este sentido, OOSTERHUIS (2011) afirma que, a fines del siglo XVIII, es posible hallar, en la doctrina europea, dos teorías distintas en relación con el cumplimiento específico, que reflejan las dos grandes corrientes que se habían desarrollado en los siglos anteriores: la del *usus modernus pandectarum*, y la del Derecho natural. OOSTERHUIS explica que el *usus modernus pandectarum* recogió la doctrina de BARTOLO, y que, en

tiene un *vestimentum*, produce obligación y acción, y se llama *pactum vestitum*" [MARCÍN Balsa, F., "Notas para el estudio del Derecho de los contratos en el Derecho común del medievo, con especial atención a la tradición romano-castellana", *RMHD*, n. 23, 2011 (1) p. 197]. MARCÍN Balsa señala que los canonistas tomaron elementos jurídicos que estaban desarrollando los glosadores, pero que "añadieron el principio de que las promesas son, por sí mismas, obligatorias por cuestión de conciencia, sea que estén «vestidas» o no, y si la causa que forma la base del contrato es apropiada, le da validez" [...] una promesa formal o no es lo mismo a los ojos de Dios; los canonistas afirmaron que no cumplir lo prometido equivalía a decir una mentira" (*ibíd.*, p. 198). Sobre el principio del consensualismo y el *pacta sunt servanda* en el Derecho canónico contractual, véase, también LESAFFER, R., "The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law", *JHIL*, n. 2, 2000(2), especialmente, pp. 182 y ss.

Aunque la influencia del Derecho canónico en la cristalización del principio del consensualismo en el Derecho contractual (el *pacta sunt servanda*) es innegable, hay que considerar que la práctica de los tribunales mercantiles también incide en este proceso: en éstos, no se admitía la *exceptio nudi pacti*; al contrario, se entendía que los simples pactos obligaban [*cfr.* DEDOCK, *Theologians and Contract Law*, p. 121; quien además, rastrea el origen de este principio en las fuentes canónicas, desde el siglo V hasta el momento en que, afirma el autor, se convierte en una parte definitiva del Derecho canónico, en el año 1234 (*ibíd.*, pp. 121-128)].

⁷⁹¹ Como se pone de relieve más adelante, en relación con el Derecho alemán, *infra* [244] y nota 807; y en relación con el Derecho francés, *infra* [253]

⁷⁹² Para una breve presentación sobre la Escuela del Derecho natural y su influencia en el Derecho continental, véase, por ejemplo, VAN CAENEGEM, R. C., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge University Press, 1992, p. 117 y ss.

consecuencia, el problema que plantea la coacción de las obligaciones de hacer se resuelve en el nivel del Derecho sustantivo: *el acreedor no tiene derecho al cumplimiento específico, y por tanto, debe demandar la indemnización de daños*. En cambio, para el Derecho natural, el cumplimiento específico de las obligaciones (con independencia de su fuente o contenido) se mira como el remedio primario, y, en consecuencia, el problema de la coacción de las obligaciones de hacer no se resuelve a nivel sustantivo, sino en la fase de ejecución: *el acreedor puede –y debe– pedir el cumplimiento; otra cosa es que la condena al cumplimiento específico pueda ser obtenida por la fuerza*. Según OOSTERHUIS, la aproximación del *usus modernus pandectarum* quedaría reflejada –debido a la influencia de POTHIER– en el *Code civil* de 1804; mientras que la aproximación de la teoría del Derecho natural –más favorable al cumplimiento específico– marcaría la codificación alemana⁷⁹³.

Lo que se acaba de decir, sumado al hecho de que la francesa y la alemana son las “dos [...] grandes codificaciones europeas, de las que

⁷⁹³ Cfr. OOSTERHUIS, *Specific performance*, pp. 582-583. En estas páginas el autor sintetiza, a modo de conclusión, las ideas que desarrolla con más profundidad en el capítulo 2 de su obra (especialmente, p. 34 y ss.).

Ahora bien, y sin perjuicio de lo que se acaba de decir en el cuerpo del texto, se ha sugerido que la idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico tendría en los *territorios germánicos* una base mucho más antigua; y en este sentido, se ha sostenido que el Derecho canónico, si bien habría influido en esta percepción, únicamente habría tenido un efecto de “refuerzo”, no sólo desde el punto de vista sustantivo (el derecho a obtener la prestación debida), sino también desde el punto de vista procesal (la posibilidad de ordenar al deudor una actuación determinada, bajo amenaza de utilizar la fuerza) [DE ROSSI (1936) pp. 137-140].

Sobre la exactitud de la afirmación de OOSTERHUIS, en relación con la codificación francesa, y en particular, sobre la influencia de POTHIER, valga lo que se dice *infra* [252] y ss.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

son deudoras, en mayor o menor medida, las codificaciones de las demás naciones” ⁷⁹⁴, justifica tomar como punto de referencia estos dos Derechos, para considerar el alcance de la afirmación de entrada, hecha en este capítulo, para el Derecho continental vigente.

III. EL DERECHO CONTINENTAL VIGENTE. PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO ALEMÁN Y AL DERECHO FRANCÉS. Y UNA BREVE REFERENCIA A OTROS DERECHOS CONTINENTALES

1. EL DERECHO ALEMÁN

[242] Con la entrada en vigor de la Ley de Modernización del Derecho de las obligaciones del año 2002 ⁷⁹⁵, la forma en la que el BGB

⁷⁹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: ius romanum. ius commune. Common Law. Civil Law”, *RGDR*, n. 10, 2008, p. 18. En este trabajo, al autor ofrece una síntesis de las bases jurídicas sobre las que se construye el Derecho europeo, destacando el rol del Derecho romano y el germánico, así como la influencia de las diversas escuelas de pensamiento a lo largo de los siglos, y cómo ello se plasma en las principales codificaciones europeas: la francesa y la alemana.

⁷⁹⁵ Sobre el *proceso de reforma* del BGB, véase, por ejemplo, ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, (trad. Arroyo i Amayuelas, E.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 31-36; y EHMANN, H./SUTSCHET, H., *La reforma del BGB: modernización del Derecho alemán de obligaciones* (trad. Carla López Díaz), Universidad del Externado de Colombia, 2006, especialmente pp. 23-29.

Para una presentación de los *principales aspectos de dicha reforma*, en idioma español, véase ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, *ADC*, n. 55, 2002 (3) pp. 1134-1227; EBERS, M., “La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002”, *ADC*, n. 56, 2003 (4) pp. 1576-1608 (trad. Esther Arroyo i Amayuelas); INFANTE RUIZ, F., “Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución”, *RDP*, n. 8, 2002, pp.153-172; y estos dos trabajos de LAMARCA MARQUÈS, A.: “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB”, *Indret*

trata el incumplimiento contractual y sus remedios cambia de manera importante⁷⁹⁶. En efecto, *con anterioridad a la reforma del año 2002*, el BGB no contemplaba una noción unitaria del incumplimiento que englobara todas las situaciones en las que el deudor no cumplía con lo prometido, sino que trataba, de forma separada, algunos supuestos particulares de incumplimiento (como la imposibilidad y el retardo). Tampoco el BGB contemplaba un sistema organizado de remedios, sino

2/2001, y "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *Indret* 1/2002.

Hay, igualmente, abundante bibliografía *en inglés*, por ejemplo: GRUNDMANN, S., "Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002", *ERCL*, v. 1, 2005, pp. 129-147; GRUNDMANN, S./OCHMANN, F., "German Contract Law. Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung", *ERCL*, v. 3, 2007, pp. 450-467; KRAJEWSKI, M., "The New German Law of Obligations", *EBLR*, 2003, pp. 201-214; SCHLECHTRIEM, P., "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe", 2002, *Oxford U Comparative L Forum* 2 [artículo electrónico, disponible en ouclf.iuscomp.org; sin numeración de páginas].

⁷⁹⁶ De hecho, se ha afirmado que desde un punto de vista doctrinal el aspecto más destacable de la reforma es, precisamente, el nuevo régimen de responsabilidad por incumplimiento [en este sentido, ZIMMERMANN, R., "Contract Law reform: The German Experience" en VOGENAUER, S./WEATHERILL, S. (eds.) *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. 72, quien afirma que, en cambio, desde el punto de vista práctico, el aspecto más importante es la revisión de la regulación de la prescripción].

Sobre los *motivos que justificaron la reforma*, con especial énfasis en la materia del *incumplimiento contractual y sus remedios*, véase por ejemplo, MARKESINIS *et. al.*, *The german law*, pp. 382-386; ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, pp. 41-45; ZIMMERMANN, R., "Remedies for Non-Performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law", *ELR*, v. 6, 2002, pp. 271-274; y puede verse también LORENZ, W., "Reform of the German Law of Breach of Contract", *ELR*, 1997, v. 1, pp. 317-344 [pero, téngase en consideración que, por la fecha de este último trabajo, éste no sirve para conocer las soluciones adoptadas definitivamente por el BGB; el autor compara el Derecho vigente a la época, con las propuestas del borrador confeccionado por el comité de expertos (el *Kommissionsentwurf*)].

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

que ellos se encontraban repartidos entre la parte general del Derecho de obligaciones y la parte especial de los contratos⁷⁹⁷.

Hoy, en cambio, el BGB engloba bajo la idea unitaria de la “infracción de un deber” (*Pflichtverletzung*) toda posible desviación del contenido de la obligación (incumplimiento total, cumplimiento defectuoso, y cumplimiento tardío), y ello con independencia de la causa del incumplimiento⁷⁹⁸. En este nuevo modelo, el diferente grado de desviación respecto del contenido de la obligación y la existencia de

⁷⁹⁷ ZIMMERMANN explica, sobre el punto, que “[m]ucho antes de que tuviera lugar la reforma del Derecho alemán de obligaciones, existía la queja generalizada de que las normas sobre infracción del contrato eran demasiado complicadas. Además, se entendía que, en aspectos importantes, eran deficientes. La regulación partía de la clasificación de los diferentes tipos de infracción, i. e., imposibilidad de cumplimiento, retraso en el cumplimiento y cumplimiento defectuoso, antes que de los medios de tutela pertinentes en cada caso (*El nuevo Derecho alemán*, p. 41). En esta misma línea, MARKESINIS *et al.*, explican que “prior to the reform [...] the approach to irregularities of performance was highly fragmented [...]./ The first reason for the abundance of rules for breach was the line of demarcation between the general part of the law of obligations and the special part. Impossibility and delay were clearly given special attention by the drafters of the BGB in the general part, while according to the «orthodox view» there was no general principle of liability in damages for the breach of contractual obligation in the Code itself [...] [t]he influence of the actio-based Roman law tradition was particularly noticeable in this area of the law. The rules governing the contract of sale, for instance, not only determined the requirements of conformity, but included a special and exclusive regime of remedies such a price reduction or a highly peculiar right to demand termination called «*Wandelung*». All this has dramatically changed with the new law. At least as far as the two important types of contract –the contract of sale and contract for work and materials– are concerned, the remedies available for non-conformity of performance are in essence derived from the general part of the law of obligations” [*The german law of contract*, p. 379]. Sobre la regulación del incumplimiento y sus remedios en el BGB, antes de la reforma, véase ZIMMERMANN, *The law of obligations*, p. 783 y p. 812 y ss.

⁷⁹⁸ Cfr. COESTER-WALTJEN, D., “The New Approach to Breach of Contract in German Law” en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, p. 136]; y MARKENISIS *et al.* *The german law*, pp. 379-380, quienes agregan que se prefirió la noción de “infracción de un deber” y no “infracción del contrato” (equivalente a la de “*breach of contract*”), porque aquella noción también cubre el incumplimiento de las obligaciones legales (*ibíd.*, p. 380).

culpa, *no son* factores que interesen para determinar si hay, o no, incumplimiento, *sino que son factores que interesan en relación con los remedios disponibles por el acreedor*⁷⁹⁹. En esta nueva regulación del BGB, el modelo de la CISG ha tenido una importante influencia⁸⁰⁰.

[243] Sentado lo anterior, *¿qué lugar se reconoce al remedio del cumplimiento específico en el nuevo esquema del BGB?* La respuesta no es fácil. A pesar de la apariencia sencilla de este nuevo esquema del BGB, se ha afirmado que el Derecho contractual alemán “sigue caracterizado por un grado muy considerable de complejidad”⁸⁰¹. Dicha complejidad puede observarse en la forma en la que se organizan los remedios del acreedor por el incumplimiento del deudor, y particularmente, en la forma en que se regula el *cumplimiento específico* [§ 241 (1) BGB en relación con § 275 BGB]⁸⁰². En este sentido, si bien se ha sostenido que “tras la reforma, el cumplimiento específico sigue

⁷⁹⁹ Cfr. ZIMMERMANN (2006) p. 75.

⁸⁰⁰ Cfr. HELDRICH, A./REHM, G. M., “Modernization of the German Law of Obligations: Harmonization of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code”, en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, p. 124; y COESTER-WALTJEN (2005) p. 135. Para profundizar sobre la influencia de la CISG en el proceso de reforma del Derecho alemán, véase, por ejemplo, LORENZ (1997) p. 325 y ss.

Por otro lado, como ya se ha dicho, también tiene una importante influencia el Derecho europeo: es a través de la reforma del BGB que se traspone la Directiva 1999/44/CE. Sobre la incidencia de la trasposición de la Directiva 1999/44/CE en relación con el derecho al cumplimiento específico, véase *infra* [248].

⁸⁰¹ Cfr. ZIMMERMANN (2006) p. 77.

⁸⁰² En este sentido, BEALE *et al.*, *Contract Law*, p. 834. Se ha dicho que la dificultad en la comprensión de estas normas se debe a su alto nivel de abstracción, abstracción que se justifica en cuanto estas reglas no se aplican sólo a únicamente a las obligaciones contractuales, sino a toda clase de obligación [cfr. COESTER-WALTJEN (2005) p. 136]. Los § 241 (1) BGB y § 275 BGB se transcriben más adelante.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

siendo el remedio preferente”, la afirmación se matiza inmediatamente con un “al menos en teoría”⁸⁰³, lo que invita a analizar con mayor detenimiento este aspecto⁸⁰⁴.

⁸⁰³ Así, y en idénticos términos: MARKESINIS *et al.*, *The german law*, p. 380, y COESTER-WALTJEN (2005) p. 138. En un sentido parecido, se ha afirmado que el Derecho alemán parece “asumir que el acreedor buscará la ejecución *in natura*”, aunque inmediatamente tal afirmación se matiza, señalando que el BGB se ocupa de regular qué ocurre si aquél “opta” por otro remedio (*cfr.* BEALE *et. al*, *Contract Law*, p. 834).

⁸⁰⁴ Para una síntesis de la aproximación del BGB al remedio del cumplimiento específico del contrato *antes de la reforma de 2002*, véase, por ejemplo, TREITEL, G. H., “Remedies for a Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, en VON MEHREN, A. (edit.) *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general* [v. 7, cap. 16], JCB Mohr (Siebeck), Tübingen, The Hague/Paris, 1976, pp. 10-12. TREITEL identifica con claridad el principio: el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico; y luego enumera y ejemplifica las numerosas excepciones al principio (casos en los que el cumplimiento específico quedaba excluido o la compensación dineraria se presentaba como una opción para el acreedor), señalando que en la práctica, estas excepciones eran más importantes que el mentado principio general. Las palabras de DAWSON (1959) p. 530 sirven para ilustrar con claridad esta aproximación tradicional del Derecho alemán: “German courts in general have not asserted a discretionary power to refuse specific performance [...] This is mainly because [...] specific performance, not the damage remedy, is conceived as the normal recourse [...] The main reservations are for cases where specific relief is impossible, would involve disproportionate cost, would introduce compulsion into close personal relationships or compel the expression of special forms of artistic or intellectual creativity”.

Para una aproximación sobre el reconocimiento del derecho al cumplimiento específico en el *Derecho alemán antes de la entrada en vigor del BGB*, véase, DAWSON (1959) p. 525 y ss. El autor ofrece evidencia de que la distinción que, en relación con este punto, se impuso desde los comentaristas entre obligaciones “de dar” y “de hacer” (sobre ello, me remito a lo dicho *supra* [237]), fue conocida y admitida por los juristas alemanes de los siglos XVIII y XIX. Pero, no sólo se admitió la posibilidad de obtener el cumplimiento específico en la obligación del vendedor de entregar el bien vendido (como se ha explicado en su oportunidad, una obligación considerada de *facere* para los juristas medievales), sino *también se admitió la posibilidad de ordenar el cumplimiento de otras clases de obligaciones de hacer*, bajo sanciones de arresto y multa. Según DAWSON, este principio fue reforzado por la entrada en vigor del Código de procedimiento civil alemán, poniendo acento en las medidas procesales dirigidas a obtener el cumplimiento, y luego, por el principio recogido en el BGB, que reconoce el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico de la obligación. Sobre el punto, véase también OOSTERHUIS, J., “Industrialization and Specific Performance in the German Territories during the 19th Century” en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The*

a) El derecho del acreedor al cumplimiento específico, y los casos de exclusión del deber de prestación del deudor

[244] El § 241 (1) BGB dispone: “*En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión*”⁸⁰⁵. Ello, como se ha anunciado, permite afirmar, que en el Derecho alemán el acreedor tiene *un derecho primario al cumplimiento*⁸⁰⁶. El hecho de que el BGB consagre un derecho al cumplimiento, se ha dicho, “es consistente con las profundas raíces del principio *pacta sunt servanda* en el Derecho continental”⁸⁰⁷.

right to Specific Performance. The Historical Development, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 97-133.

⁸⁰⁵ Trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*.

⁸⁰⁶ “The right to demand performance of the promise undertaken by the promisor in the contract is laid down in § 241 BGB. It is referred to as the *Primäranspruch* (primary right) as opposed to *Sekundäranspruch* (secondary right) concerning substitutes for performance (eg. damages) [...] Demanding performance is the primary right of the promisee. Performing the contract is the primary duty of the promisor” [MARKESINIS *et al.*, *The german law*, p. 398]. En este mismo sentido, ZIMMERMANN: “[e]n el Derecho alemán, el punto de partida continúa siendo el mismo que ha venido siendo a lo largo de todo el siglo XX: los contratantes pueden exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones *in specie*. Según el § 241 BGB, que inicia el Libro II, el efecto de una obligación «es que el acreedor puede exigir la prestación de su deudor». La consecuencia es: cumplimiento específico” (*El nuevo Derecho alemán*, p. 46). Por su parte, EHMANN/SUTSCHET, afirman: “[n]uestro ordenamiento jurídico está marcado por la idea de que el acreedor puede pedir, en principio, la misma prestación debida y que el deudor no se puede liberar, en contra de la voluntad del acreedor, por medio de una indemnización de esta obligación [*sic*] mientras la pretensión de cumplimiento exista” [*La reforma del BGB*, p. 73].

⁸⁰⁷ Cfr. HOGG, *Promises and Contract*, p. 355. En el mismo sentido, MARKESINIS *et al.*: “[t]he significance of enforced performance should [...] not be underestimated. It is not to be found in the actual numbers of claims but is derived from the idea of *pacta sunt servanda*, of ascribing binding force to the promise of performance” (*The german*

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[245] Sin embargo, lo dispuesto en el § 275 BGB (*Exclusión del deber de prestación*) obliga a matizar el alcance de la anterior afirmación.

§ 275 BGB: “(1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona.

(2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación.

(3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente, y ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida.

(4) Los derechos del acreedor se determinan según los §§ 280, 283 a 285, 311a y 326”⁸⁰⁸.

Como expresa ZIMMERMANN, el derecho del acreedor al cumplimiento específico encuentra su “excepción más importante [...] en el § 275 I

law, p. 399). Sobre los orígenes del *pacta sunt servanda* en el Derecho alemán, véase BARMANN, J., “Pacta sunt servanda. Considérations sur l’histoire du contrat consensuel”, *RIDC*, n. 3, 1961 (1) pp. 18-53; quien ofrece evidencia de que en el Derecho germánico “autóctono” el principio era el formalismo (p. 22 y ss.), y que el *pacta sunt servanda* se debe tanto a la influencia del Derecho romano medieval (p. 26 y ss.) como a la del Derecho canónico (p. 33 y ss.).

⁸⁰⁸ Trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*.

BGB: se excluye la pretensión al cumplimiento específico cuando la prestación sea imposible”. Se trata, sigue diciendo el mismo autor, de una “regla [que] tiene una larga tradición y, en última instancia, deriva del principio de Derecho romano según el cual *impossibilium nulla est obligatio*, basado en una regla básica de la filosofía moral que significa «el deber implica el poder»⁸⁰⁹. La exclusión del cumplimiento específico *en este caso* se aplica frente a *cualquier clase de imposibilidad: objetiva* (nadie puede cumplir) *y subjetiva* (el deudor no puede cumplir), *inicial y sobrevenida, total y parcial*⁸¹⁰. Además, cubre tanto la imposibilidad *física* como la imposibilidad *legal*⁸¹¹. Y no interesa, a estos

⁸⁰⁹ *El nuevo Derecho alemán*, p. 46. Sobre la regla *impossibilium nulla est obligatio* en el BGB, véase la nota siguiente.

⁸¹⁰ *Ibíd.*, pp. 46-47. Antes de la reforma del BGB, la imposibilidad inicial determinaba la invalidez del contrato, recogiendo la regla de la *impossibilium nulla est obligatio* [así, en el § 306 BGB en su redacción antigua: “*Un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo*”; trad. MELÓN INFANTE, *Código civil alemán*]. Hoy, tras la reforma, la imposibilidad inicial no afecta a la validez del contrato [según el § 311a (1) BGB (*Impedimento de la prestación a la conclusión de un contrato*): “*No afecta a la eficacia de un contrato que el deudor, de acuerdo con el § 257, apartados 1 a 3, no deba realizar una prestación [sic] y que el impedimento de la prestación se produzca antes de la conclusión del contrato*”; trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*].

⁸¹¹ FAUST, F./WIESE, V., “Specific Performance - a german perspective”, en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 52.

⁸¹² *Cfr.* EHMANNS/SUTSCHET, *La reforma del BGB*, p. 41. Y es por esta razón que estos autores sostienen que “[l]a Ley de Modernización renunció completamente en el transcurso de su creación a su objetivo original de reforma para eliminar el término «imposibilidad» y de excluir la supuesta posición central de la doctrina de la imposibilidad en el derecho de la perturbación de la prestación del Código Civil (BGB), pues no solamente incluyó de nuevo el término en la ley, sino que le atribuyó una mayor importancia, que no tenía antes” (*ibíd.*, p. 41). Pero, considérese lo que explican MARKENISIS *et al.*, en el sentido de que, si bien es cierto que el hecho de que la pretensión de cumplimiento quede excluida en los casos de *imposibilidad inimputable* supone efectivamente un cambio en relación con lo que disponía el § 275 BGB antes de la reforma, los tribunales habían ignorado el tenor literal de ese § 275 BGB y el deudor era liberado en todos los casos, de modo que no existe un cambio sustantivo

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

efectos, si la imposibilidad es, o no, *imputable* al deudor⁸¹². Se entiende, sin embargo, que la imposibilidad que excluye la pretensión al cumplimiento en virtud del § 275 (1) BGB debe ser *definitiva*⁸¹³.

Pero, además de la imposibilidad *stricto sensu* del § 275 (1) BGB, el derecho al cumplimiento específico también queda excluido en los casos enunciados en los párrafos (2) y (3) del § 275 BGB⁸¹⁴. Pese a que

en esta materia; el cambio de redacción del § 275 BGB sólo refleja la posición adoptada ya por los tribunales antes de la reforma [*The german law*, p. 409]. El § 275 BGB en su redacción anterior, disponía: “*El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no ha responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria* [...]” [trad. MELÓN INFANTE, *Código civil alemán*, quien, en nota, advierte que el texto usa el término “*Unmöglichkeit*” = “Imposibilidad objetiva” (nota número 264)].

⁸¹³ En relación con la *imposibilidad temporal o transitoria*, explica ALBIEZ DOHRMANN que esa clase de imposibilidad “ha quedado fuera, a pesar de haber estado incluida en el segundo proyecto [...] [l]os casos de imposibilidad transitoria deberán seguir encontrando solución en el § 242” [(2002) p. 1166]. El § 242 (*Prestación según buena fe*) dispone: “*El deudor no está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico*” [trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*].

⁸¹⁴ “[T]ras la reforma, el régimen jurídico del BGB es más racional en lo que concierne a la exclusión del derecho al cumplimiento específico. Sin embargo, ahora traza una distinción entre la imposibilidad *stricto sensu* y otras situaciones en las que no hubiera sido razonable esperar que el deudor cumpliera con la prestación” [ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, p. 48; esta afirmación, sin perjuicio de lo que el propio ZIMMERMANN sugiere, en relación con la naturaleza del supuesto del § 275 (3), como se pone de relieve más adelante]. Para una presentación, explicación e ilustración general de los casos del § 275 (2) y (3) BGB, véase también COESTER-WALTJEN (2005) pp. 139-140; y FAUST/WIESE (2008) p. 54 y ss. En español, una breve presentación de los supuestos del § 275 BGB, en ALBIEZ DOHRMAN (2002) pp. 1166-1168.

esos dos casos (que se ilustran a continuación) no son propiamente supuestos de imposibilidad, suelen denominárseles, por parte de la doctrina alemana, como supuestos de “*imposibilidad práctica*” y de “*imposibilidad moral*”, respectivamente. Para ilustrar esos dos supuestos, reproduzco, por su claridad, las palabras de ZIMMERMANN:

“El ejemplo paradigmático [de imposibilidad práctica, § 275 (2) BGB] es el del anillo (valor €100) que se cae al lago después de haber sido vendido, pero antes de que se haya transmitido la propiedad al adquirente. El coste del drenaje del lago y de recuperación del anillo ascendería a 100.000 €. Lógicamente, no sería razonable esperar que el deudor incurriera en tales gastos, teniendo en cuenta que el interés del acreedor es del 100 €, i. e., el valor del objeto” ⁸¹⁵.

De la imposibilidad moral [§ 275 (3) BGB], “[e]l ejemplo es el de la soprano que se niega a cantar una vez que llega a su conocimiento que su hijo ha contraído una enfermedad que pone en peligro su vida” ⁸¹⁶.

⁸¹⁵ ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, pp. 48-49. También cita ese ejemplo del anillo, como un ejemplo clásico de imposibilidad práctica, EBERS (2003) p. 1585.

⁸¹⁶ ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, pp. 48-49; quien explica además que, antes de la reforma, se consideraba que casos como el de la cantante eran supuestos de “imposibilidad moral”, al que se le aplicaban las normas del cambio de circunstancias. Más adelante, el mismo autor agrega que “[e]l § 275 III [...] es una manifestación concreta de las reglas generales que regulan el cambio de circunstancias, y, en cierto modo, la inclusión de esta regla en el § 275 III socava la fina línea que el § 275 II perfila entre esta institución y la imposibilidad” (*ibíd.*, pp. 52-53). También cita el ejemplo de la cantante de ópera, como un ejemplo clásico de imposibilidad moral o ética, EBERS, quien ofrece también otro: el de “un trabajador que se niega a trabajar, porque es llamado a las filas en Turquía y sabe que si no acude será sancionado con la pena de muerte” [(2003) p. 1585].

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

Como en estos dos casos [§ 275 (2) y (3) BGB] el cumplimiento es todavía posible, *el deudor puede cumplir si así lo prefiere*. Lo que ocurre es que el deudor puede oponerse al cumplimiento⁸¹⁷. Dicho de otro modo, y “a diferencia de lo que sucede con la «imposibilidad simple» *la agravación de la prestación* [en los casos del § 275 (2) y (3) BGB] *se configura dogmáticamente como una excepción que debe ser alegada por el interesado*”⁸¹⁸.

En definitiva, en todos estos casos del § 275 BGB [en que la pretensión de cumplimiento está excluida –§ 275 (1) BGB– o en los que el deudor puede negarse a cumplir –§ 275 (2) y (3) BGB–] *el acreedor no tiene derecho al cumplimiento específico*. Pero el acreedor puede exigir al deudor la indemnización de daños *en lugar del cumplimiento, de acuerdo con las reglas generales* [§ 275 (4) BGB]⁸¹⁹, lo que implica que el

⁸¹⁷ ZIMMERMANN, en relación con el § 275 (2), plantea: “no es que el deudor deje automáticamente de estar obligado, sino que está legitimado para no cumplir. Se deja pues, al deudor la elección de si quiere o no cumplir, a pesar, en el primer caso, del esfuerzo desproporcionado que ello pueda suponerle” (*El nuevo Derecho alemán*, p. 50). Y más adelante: “[q]ue el deudor se libre, al amparo del § 275 I, o bien que *se le otorgue el derecho a negarse al cumplimiento*, según el § 275 II, III [...]” (*ibíd.*, p. 53; cursivas añadidas).

⁸¹⁸ EBERS (2003) p. 1584; cursivas añadidas.

⁸¹⁹ Los §§ a los que se remite el § 275(4) BGB son las reglas generales en materia de indemnización de daños. En este sentido, conviene destacar que “la norma fundamental en materia de daños por el incumplimiento es el § 280 (1) BGB (ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, p. 53). El § 280 (1) BGB (*Resarcimiento de daño por violación de un deber*) dispone: “*Si el deudor viola un deber de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir el resarcimiento del daño que de ello resulta. Esto no rige si el deudor no debe responder de la violación de un deber*” [trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*] Los supuestos contemplados en el § 275(1) a (3) BGB quedan cubiertos por el § 283 BGB, “norma que, sin embargo, lo único que hace es una remisión a las exigencias del § 280 I BGB (ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, p. 53). El § 283 BGB (*Resarcimiento del daño en lugar de la prestación por exclusión del deber de prestación*) dispone: “*Si el deudor no debe cumplir la prestación, de acuerdo con el § 275, apartados 1 a 3, el*

deudor pueda ser tenido como responsable (esto es, que haya actuado en forma intencional o negligente)⁸²⁰.

[246] Además de los casos contemplados en el § 275 (1) a (3) BGB, otro caso de exoneración del deber primario de prestación del deudor es el instituto de la alteración de la base del negocio, doctrina de creación jurisprudencial que, con la reforma del BGB, adquiere carta de naturaleza⁸²¹. Esta institución se regula en el § 313 BGB (*Alteración de la base del negocio*):

acreedor puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación, si se cumplen los requisitos del § 280, apartado 1 [...] [trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) Código civil alemán].

⁸²⁰ En este punto, conviene destacar que la posibilidad de demandar indemnización de daños requiere que el deudor sea responsable, lo que implica que éste haya actuado en forma intencional o negligente. Como explica ZIMMERMANN, “[e]n el BGB, la reclamación de daños todavía se basa en la noción de culpa” (*El nuevo Derecho alemán*, p. 53). En efecto, el § 276 (1) BGB dispone que “[e]l deudor responde por dolo y negligencia, si una responsabilidad más estricta o más atenuada no ha sido determinada ni se puede deducir del resto del contenido de la relación obligatoria, en especial por la asunción de una garantía o riesgo de adquisición [...]”. Por su parte, el § 276 (2) BGB establece que “[a]ctúa negligentemente quien no observa la diligencia exigible en el tráfico” (trad. LAMARCA MARQUÈS, en EL MISMO (dir.) *Código civil alemán*). ZIMMERMANN destaca, que el hecho de la indemnización se base en la culpa es una diferencia importante entre el Derecho alemán y el régimen de los PECL, si bien es una diferencia más bien teórica que práctica [*El nuevo Derecho alemán*, p. 53; y también (2006) p. 75]. Es una diferencia más bien teórica, porque el que se exija culpa para la indemnización de daños no supone un impedimento importante para el acreedor que pretenda obtener la indemnización, ya que la culpa se presume [*ibíd.*, y en este mismo sentido, HELDRICH/REHM (2005) p. 131, y también, con más desarrollo, COESTER-WALTJEN (2005) pp. 148-149].

⁸²¹ En este sentido, EBERS (2003) p. 1581. El mismo autor expone, más adelante, que “el § 313 BGB regula por primera vez la institución conocida como «alteración de la base del contrato» (*Störung der Geschäftsgrundlage*), cuyo origen y desarrollo es jurisprudencial, y la configura como una causa autónoma e independiente de exclusión del deber de prestación. Tal y como se aprecia en los motivos de la ley, se pretendía codificar, pero en ningún caso proceder a la reforma de la doctrina de la base del negocio” (*ibíd.*, p. 1585).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

“(1) Si con posterioridad a la celebración del contrato se han modificado de modo substancial las circunstancias que han devenido la base del contrato y, de haber previsto esta modificación, las partes no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con otro contenido, puede exigirse la adaptación del contrato en la medida en que no pueda exigirse a una parte el mantenimiento del contrato no modificado, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, especialmente la distribución legal o contractual del riesgo.

(2) Se equipara a una modificación de las circunstancias el hecho que presupuestos esenciales que han devenido la base del contrato resulten ser falsos.

(3) Si no es posible o no es exigible a una parte una adaptación del contrato, la parte perjudicada puede resolver el contrato. Para las relaciones obligatorias continuadas, en lugar del derecho de resolución rige el derecho de denuncia” ⁸²².

Este supuesto del § 313 BGB se denomina a veces “imposibilidad económica”, y debe ser distinguido de la imposibilidad práctica del § 275 (2) BGB⁸²³. Si bien en ambos casos puede decirse que se trata de una prestación que se han vuelto más onerosa, la diferencia entre ellos es que, en el caso del § 275 (2) BGB lo que debe considerarse es el *interés del acreedor* en obtener el cumplimiento, mientras que en el caso del § 313 BGB el factor a considerar es el *interés del deudor* en rehusar

⁸²² Trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*.

⁸²³ MARKENISIS *et al.*, *The german law*, p. 413.

el cumplimiento⁸²⁴. ZIMMERMANN, tras exponer el antes transcrito ejemplo del anillo, explica esta diferencia, ofreciendo un ejemplo de esta “imposibilidad económica”:

“Si el precio de 1.000 barriles de petróleo vendidos aumenta de forma espectacular, el deudor no puede alegar el § 275 I BGB [*sic*; por contexto, debe referirse al § 275 II], porque, aunque sería igualmente poco razonable esperar que cumpliera ante el cambio de circunstancias, en realidad no existe una desproporción excesiva entre el esfuerzo que debe realizar el deudor y el interés del acreedor en recibir la prestación: este interés, a diferencia del ejemplo anterior, no se mantiene en el nivel más bajo, como en la fase inicial de conclusión del contrato, sino que crece y se sitúa en el mismo nivel de esfuerzo que debe realizar el deudor para cumplir; el objeto del contrato se ha revalorizado y, por lo tanto, el adquirente quiere beneficiarse por completo de ese incremento de valor. *Con todo, el ordenamiento jurídico debe contribuir a aliviar la situación del deudor. Pero, que lo haga o no depende de otro instituto, esto es, de la aplicabilidad de las reglas sobre la modificación del contrato por cambio de circunstancias [...]* que es un problema conceptualmente distinto [...] actualmente [esas reglas sobre modificación del contrato por cambio de circunstancias] las consagra el § 313 BGB”⁸²⁵.

⁸²⁴ *Ibíd.*, p. 413.

⁸²⁵ ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, pp. 48-49; cursivas añadidas.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

b) El lugar preferente del cumplimiento específico en el sistema general de remedios

[247] Considerando que hay casos en los que el acreedor *no* tiene derecho al cumplimiento específico [los enunciados en el § 275 (1) a (3) BGB; y el caso del § 313 BGB], *la cuestión sobre el lugar preferente* del remedio del cumplimiento específico se plantea, precisamente, en aquellos otros casos en los que el acreedor *sí tiene derecho a obtenerlo*. La pregunta es, si siendo *todavía posible* el cumplimiento, *debe el acreedor insistir* en él, o si puede, en cambio, *elegir libremente otro remedio* por el incumplimiento. La respuesta no es sencilla, pero *parece posible sugerir que, en el BGB, existe una preferencia por el remedio del cumplimiento*. Ello, porque el énfasis que se pone en el cumplimiento específico *–como deber primario del deudor– resulta acentuado* por el hecho de que se impone al acreedor la necesidad de otorgar al deudor un plazo de gracia para el cumplimiento (*Nachfrist*) antes de permitirle demandar la indemnización de daños (daños en lugar de la prestación), o la resolución del contrato (derechos ambos que, por lo mismo, se denominan “secundarios”) ⁸²⁶.

⁸²⁶ En este sentido, MARKESINIS *et al.*: “[t]he emphasis on the enforcement of the primary duty is further increased by compelling the creditor/promisee to grant the debtor/promisor a period of grace or *Nachfrist* before allowing him to rely on secondary rights, ie to terminate and/or to recover damages” (*The german law*, p. 400). En el mismo sentido, ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, p. 53; y COESTER-WALTJEN (2005) p. 138.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

En efecto, *la preferencia por el cumplimiento, respecto de la indemnización en lugar de la prestación*⁸²⁷, se afirma a partir de lo dispuesto en el § 280 (1) BGB, que establece el derecho del acreedor a exigir el resarcimiento de daños en lugar de la prestación, *“si ha fijado sin éxito un plazo razonable para la prestación o para la corrección de la prestación”*⁸²⁸.

⁸²⁷ La cuestión de la preferencia, o no, entre el cumplimiento específico y la indemnización de daños *se plantea sólo en relación con este particular tipo de daños: los daños en lugar del cumplimiento o en lugar de la prestación*. Como explica COESTER-WALTJEN el cumplimiento específico es lógicamente *compatible* con una indemnización de daños *moratorios*, y es también compatible con los daños derivados de la violación de un *deber accesorio* (como por ejemplo, los daños que se producen, a consecuencia de una violación del contrato, sobre otros bienes del acreedor que merecen protección jurídica) [(2005) pp. 153-154]. Sobre esta última clase de daños, LAMARCA MARQUÈS explica que “el § 241.2 BGB, al delimitar el contenido de los deberes que derivan de la relación obligatoria, incluye a los llamados «deberes de protección» (*Schutzpflichten*) diferentes del “deber de prestación” (*Leistungspflicht*). Deudor y acreedor, vinculados por el deber primario de prestación, están también obligados recíprocamente a respetar los derechos, bienes jurídicos o intereses de la otra parte. El § 282 BGB prevé indemnización por la violación de estos deberes de protección” [(2002) p. 5]. Sobre las diversas clases de daños, véase ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán* (particularmente, sobre los daños en lugar de la prestación, pp. 56-60; sobre los daños moratorios, pp. 60- 63; y sobre los demás daños, llamados “simples”, pp. 63-65).

⁸²⁸ § 281 (1) BGB (*Resarcimiento del daño en lugar de la prestación por falta de cumplimiento de la prestación o de cumplimiento según lo debido*): *“En la medida en que el deudor no ha cumplido la prestación vencida o no la ha cumplido según lo debido, el acreedor puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la prestación, de acuerdo con los requisitos del § 280, apartado 1, si ha fijado sin éxito un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento. Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede exigir resarcimiento del daño en lugar de la entera prestación si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha cumplido la prestación según lo debido, el acreedor no puede exigir el resarcimiento del daño en lugar de la entera prestación si la violación de un deber es irrelevante* [trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*].

En todo caso, conviene destacar que la mentada necesidad de fijar un plazo, que ha de haber transcurrido infructuosamente, como requisitos de la indemnización de daños, es la regla general, y como tal, *admite excepciones*. El § 281 (2), dispone: *“La fijación de un plazo es innecesaria si el deudor deniega seria y definitivamente la prestación o si concurren circunstancias especiales que, ponderando los intereses de ambas partes, justifican ejercitar de manera inmediata la pretensión de resarcimiento del daño”; y el §*

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

Por su parte, la preferencia por el cumplimiento, respecto del remedio de la resolución ⁸²⁹, se afirma a partir de lo dispuesto en el § 323 (1) BGB, que establece el derecho del acreedor, en un contrato bilateral, a resolver el contrato en caso de incumplimiento, “si ha fijado infructuosamente un plazo

281 (3): “Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera una intimación” [trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*]. De ahí que, según algunos autores, sea discutible que pueda hablarse de una clara preferencia por el cumplimiento específico [cfr. BEALE *et al.*, *Contract Law*, p. 836].

⁸²⁹ Conviene tener presente que, como explica ZIMMERMANN, la facultad del acreedor para resolver el contrato es un derecho que opera precisamente cuando el incumplimiento obedece a causas *distintas* de la imposibilidad: si el deudor se libera en virtud del § 275 (1) BGB, o se acoge al derecho a negarse al cumplimiento, en virtud del § 275 (2) o (3) BGB, entonces «decae su derecho a la contraprestación» (§ 326 I 1 BGB). Dicho de otra manera, el acreedor no necesita recurrir a la resolución del contrato, porque queda automáticamente liberado de cumplir con su obligación” [*El nuevo Derecho alemán*, pp. 75-77; la cita en p. 75].

El propio ZIMMERMANN, en otro lugar, explica que la regla que permite al acreedor resolver el contrato en caso de incumplimiento fue, en su momento, una novedad del BGB respecto del Derecho alemán vigente con anterioridad a su entrada en vigor. Dice el autor que, “hasta fines del siglo XIX la teoría del contrato del *ius commune* alemán había conservado la regla general del derecho romano que excluía cualquier derecho a la resolución unilateral del contrato. El código de comercio alemán de 1861 rompió con esta tradición en los casos de *mora debitoris* (mora en el cumplimiento por parte del deudor). Los redactores del BGB siguieron este ejemplo y lo transplantaron esta exitosa innovación del derecho comercial al mundo del derecho privado en general pero sólo se le concedía a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato en los casos de *mora debitoris* y de imposibilidad sobrevenida, mientras que la extensión de este derecho a los casos de ejecución defectuosa ciertamente no había sido prevista por los redactores del código”. ZIMMERMANN explica que la extensión de la facultad de resolver el contrato a los casos de cumplimiento defectuoso se debe, en parte, a un importante trabajo de Hermann STAUB de 1902. El mentado trabajo de STAUB es importante, pues es en éste en el que se plantea, por primera vez, la doctrina llamada de la “violación positiva” del contrato –*positive Vertragsverletzung*– que buscaba justificar la procedencia de la indemnización de daños en caso de cumplimiento no conforme o defectuoso, doctrina que terminó por reconocerse en el Derecho alemán, y que encuentra hoy base normativa en el § 241 (2) BGB y en el § 280 BGB) [cfr. ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, Universidad del Externado de Colombia, 2010 (trad. Javier. Rodríguez Olmos) pp. 118-121 (la cita, en p. 120)].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento" ⁸³⁰. Además, la subsidiariedad del remedio de la

⁸³⁰ § 323 (1) BGB (*Resolución por incumplimiento de la prestación o por falta de cumplimiento según contrato*): "Si en un contrato bilateral el deudor no cumple la prestación vencida o no la cumple según el contrato, el acreedor puede resolver el contrato si ha fijado infructuosamente un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del cumplimiento" [trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*].

Pero, conviene destacar, que la necesidad de fijar un plazo al deudor es, tal como en el caso del remedio indemnizatorio, *una regla general, y como tal, admite excepciones*. El § 323 (2) BGB dispone: "(2) La fijación de un plazo es innecesaria si: 1. el deudor deniega seria y definitivamente la prestación, 2. el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, 3. existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución, ponderando los intereses de ambas partes"; y el § 323 (3) BGB: "Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera una intimación" [trad. LAMARCA MARQUÈS, A., rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*]. Y ello permite plantear que la supuesta preferencia del Derecho alemán por el remedio de cumplimiento específico, en relación con la resolución, no es tal. En este sentido, BEALE *et al.*, quienes añaden que el hecho de que por esta razón pueda discutirse la idea de que el cumplimiento específico sea la vía preferente de satisfacción del acreedor, se refuerza si se considera que el acreedor puede demandar, junto con la resolución, una indemnización de daños (*Contract Law*, p. 836).

En relación con este último aspecto, hay que tener presente que *con anterioridad a la reforma del BGB de 2002*, los remedios de la resolución y de la indemnización *eran remedios incompatibles* (el § 325 BGB en su redacción anterior a la reforma, disponía: "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, la otra parte puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o desistir del contrato [...]". Por su parte, el § 326 BGB, en su redacción anterior a la reforma, disponía: "Si en un contrato bilateral una parte está en mora en cuanto a la prestación que le incumbe, la otra parte puede señalarle un plazo prudencial para la efectución de la prestación con la declaración de que rehusará la aceptación de la prestación después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento o a desistir del contrato [...]"; trad. MELÓN INFANTE, *Código civil alemán*; destacado añadido). Hoy, *tras la reforma*, el BGB afirma la compatibilidad entre la resolución y la indemnización de daños, de forma expresa en el § 325 BGB [(*Resarcimiento del daño y resolución*): "El derecho a exigir resarcimiento del daño en un contrato bilateral no queda excluido con la resolución"; trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*]. Así, tras la reforma, "the [old] incompatibility between termination of contract and damages is removed" [MARKENISIS *et al.*, p. 388; y en idénticos términos, LAMARCA MARQUÈS: "desaparece la incompatibilidad legal entre resolución e indemnización por

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

resolución, respecto del remedio del cumplimiento específico, queda puesta de manifiesto porque *la resolución no sólo requiere que se haya fijado el plazo y que éste haya transcurrido infructuosamente, sino que se además se requiere que el incumplimiento no sea irrelevante* ⁸³¹.

incumplimiento" (2002) p. 5]. Como explican EHMANN/SUTSCHET, "con esta norma [se refieren al § 325 BGB en su nueva redacción] se elimina el «o» de los artículos 325 y 326 v. a., lo que está de acuerdo con la práctica jurídica vigente hasta ahora, la cual se desarrolló en contra del artificial «o»" (*La reforma del BGB*, p. 56). Ahora bien, el vigente § 325 BGB admite la compatibilidad de la resolución con toda clase de daños; pero ello no quiere decir que una demanda de daños haya de ir siempre acompañada de una demanda de resolución. Como se ha dicho, en el BGB se distinguen varias clases de daños; y en este sentido, explica COESTER-WALTJEN, "[i]n principle, termination of the contract and all kind of damages are compatible, § 325 BGB. The fact of termination will, however, influence the computation of the damages. In most cases termination of the contract will not be asked for by the creditor when he claim damages instead of performance because the latter remedy will give him full compensation. However, if the contract had been already partly or fully performed from his side –for example by the transfer of a certain good– and he wants not only the value of his performance back, but the delivered good itself, then he should be advised to terminate the contract and ask for his goods back and at the same time he may claim damages instead of performance, for example the profits lost because of non-performance" [(2005) p. 154].

⁸³¹ Se ha sostenido que para el BGB basta con que exista violación de un deber, y que no se requiere que el incumplimiento sea fundamental. Así lo plantea expresamente COESTER-WALTJEN (2005) p. 141: "[t]he first prerequisite [el autor se refiere a los requisitos de la resolución] is that there has been a violation of an obligation [...] which need not be a fundamental breach. In this respect, German differs from many others legal system which allow termination only in cases of fundamental breach"].

Sin embargo, *tal afirmación requiere, en todo caso, ser matizada*. De hecho, el mismo COESTER-WALTJEN inmediatamente señala que "[h]owever, there are some safeguards which serve similar goals as the restriction to fundamental violations or fundamental breach". Una de los casos que el mismo COESTER-WALTJEN enuncia, en este sentido, son las dos reglas que recoge el § 323 (5) BGB [*"Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor sólo puede resolver el entero contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha ejecutado la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante"*; trad. LAMARCA MARQUÈS, A.; rev. BECKMANN, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*].

En relación con la primera de esas reglas, ALBIEZ DOHRMANN explica que "[e]l énfasis en el adverbio «sólo» (*nur*) del § 323 (5) indica claramente que el acreedor no puede

Por lo anterior, se ha dicho, que el otorgamiento al deudor de un período de gracia para el cumplimiento (*Nachfrist*) “se convierte en un *Leitmotiv* de la aproximación del Derecho alemán al incumplimiento contractual, lo que está en estrecha sintonía con la predilección alemana (y europea-continental) por proteger al deudor”⁸³².

[248] La *preferencia del Derecho alemán por el cumplimiento específico*, se reafirma en la regulación de los remedios del comitente en el *contrato de obra* [*Werkvertrag*, § 631 y ss.) para el caso de una prestación no conforme con el contrato por parte del contratista. En efecto, el § 633 (1) BGB establece que “[e]l contratista debe proporcionar la obra al comitente libre de vicios materiales y jurídicos”⁸³³. El § 634 BGB (*Derechos del comitente por vicios*) enuncia cuáles son los derechos del comitente en caso de que la obra tenga

ejercer en principio, la resolución de todo el contrato en caso que el deudor haya cumplido parte de la prestación. Por consiguiente, una lesión parcial del programa de prestaciones sólo puede dar lugar a una resolución parcial del contrato” [(2002) pp. 1180-1181].

En relación con la segunda de esas reglas, y *poniendo de relieve la subsidiariedad de la resolución* respecto del remedio de cumplimiento, BALDUS expresa que “[s]egún el Derecho comunitario actualmente en vigor, la reparación y la sustitución gozan de prioridad, y sólo allí donde estos remedios quedan excluidos puede procederse a la rebaja o la resolución, y esta última, además, sólo si el defecto no es esencial, pues la resolución destruye la obligación contractual, esto es, la composición de intereses a la que las partes han llegado; por tanto, desde 2002, la resolución se halla sujeta a la doble limitación derivada de la primacía del cumplimiento ulterior (*Nacherfüllung*) y el requisito de la esencialidad. Esta idea de la subsidiariedad de la resolución se ha introducido en la Directiva sobre venta de bienes de consumo [...] [en] [e]l artículo 3.6 [...] la trasposición de esta norma [en] el BGB [se encuentra en el] § 323 V 2” [BALDUS, C., “Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la «falta de conformidad de escasa entidad»”, *ADC*, 2006 (4) p. 1613].

⁸³² MARKESINIS *et al.*, *The new german law*, p. 380.

⁸³³ Trad. SAÍZ GARCÍA, C.; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

vicios, a saber: exigir la corrección del cumplimiento, reparar el vicio personalmente y exigir el reembolso de los gastos necesarios, resolver el contrato o reducir la remuneración, y reclamar el resarcimiento de los daños o el reembolso de los gastos infructuosos ⁸³⁴. Pues bien, como explican EHMANN/SUTSCHET, “el ordenante debe dar al empresario en el caso de una entrega de una obra defectuosa *en primer lugar* una oportunidad para el cumplimiento posterior” ⁸³⁵. La *prelación* del cumplimiento posterior –dicen estos autores– “se asegura a través del requisito de la fijación de plazo de los artículos 323 I y 638 I I [sic] *antes* de la ejecución del derecho de desistimiento [sic; léase “resolución”] o del derecho a la reducción, y del artículo 281 I I [sic] *antes* de la invocación del derecho a [la] indemnización por daños y perjuicios, así como del artículo 637 I [sic] *antes* de llevar a cabo la auto-ejecución” ⁸³⁶.

⁸³⁴ § 634 BGB: “Si la obra tiene vicios, el comitente puede, si concurren los requisitos de las disposiciones siguientes y no está prevista otra cosa/ 1. de acuerdo con el § 635, exigir la corrección del cumplimiento,/ 2. de acuerdo con el § 637, reparar el vicio personalmente y exigir el reembolso de los gastos necesarios,/ 3. de acuerdo con los §§ 636, 323 y 326, apartado 5, resolver el contrato, o de acuerdo con el § 638, reducir la remuneración, y/ 4. de acuerdo con los §§ 636, 280, 281, 283, y 311a reclamar resarcimiento de daños o, de acuerdo con el § 284, reembolso de los gastos infructuosos” (trad. SAÍZ GARCÍA; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*).

⁸³⁵ EHMANN/SUTSCHET, *La reforma del BGB*, p. 326; cursivas añadidas.

⁸³⁶ *Ibíd.*, p. 324. El § 323 (1) BGB transcrito *supra* nota 830; el § 281 (1) BGB, transcrito *supra* nota 828. El § 638 (1) BGB (*Reducción*) dispone “En lugar de resolver, el comitente puede reducir la remuneración mediante declaración frente al contratista [...]”. El 637 I BGB (*Autoejecución*) dispone: “El comitente puede, como consecuencia de un vicio en la obra, una vez transcurrido sin éxito un plazo razonable fijado para la corrección del cumplimiento, reparar el vicio personalmente y exigir el reembolso de los gastos necesarios, si el contratista no deniega justificadamente la corrección del cumplimiento” (trad. SAÍZ GARCÍA, C.; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS, (dir.) *BGB*).

Conviene apuntar que este derecho a la auto-ejecución (*Selbstvornahme*) no existe en materia de compraventa. Sobre los remedios por incumplimiento del contrato de obra véase, en general, EHMANN/SUTSCHET, *La reforma del BGB*, p. 323 y ss.; sobre este remedio de auto-ejecución, p. 328 y ss.].

Así, “en virtud del requisito de la fijación de plazo [...] *la pretensión al cumplimiento posterior está antepuesta a los otros derechos del ordenante*” ⁸³⁷. Por esta razón es posible afirmar que la *corrección del cumplimiento* se considera el remedio preferente ⁸³⁸.

Este sistema jerárquico de los remedios frente al incumplimiento es reflejo del sistema de remedios de la Directiva 1999/44/CE, que, como ya se ha dicho, establece como remedios preferentes, la reparación y la sustitución (*cfr.* art. 3.2 Directiva 1999/44/CE, *supra* nota 723). Cabe recordar que la Directiva 1999/44/CE es aplicable a los contratos que tienen por objeto el suministro de bienes de consumo que *hayan de fabricarse o producirse*, contratos que son considerados *contratos de compraventa* (al respecto, valga lo dicho *supra* [171]).

Conviene apuntar también, si bien ello no interesa particularmente en el marco de este trabajo, que el BGB recoge esta misma ordenación *jerárquica* de los *remedios en la regulación de la compraventa*. Así, en el caso de una prestación no conforme (“con vicios”, en terminología del BGB), *se prefiere* como vía de satisfacción del comprador el remedio del cumplimiento específico, a través la *corrección del cumplimiento*. Como en el

⁸³⁷ EHMANN/SUTSCHET, *La reforma del BGB*, p. 347; cursivas añadidas.

⁸³⁸ Conviene apuntar que la corrección del cumplimiento puede obtenerse por dos vías alternativas: la eliminación del vicio o la producción de una nueva obra. El § 635 (1) BGB (*Corrección del cumplimiento*) dispone: “*Si el comitente reclama la corrección del cumplimiento, el contratista puede, a su elección, eliminar el vicio o producir una nueva obra*” (trad. SAÍZ GARCÍA, C.; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*). Nótese que, en este caso (y a diferencia de lo que ocurre en materia de compraventa, véase la nota siguiente) “*es el contratista y no el cliente quien debe optar entre la reparación del defecto o la realización de una obra nueva*” (ZIMMERMANN, *El nuevo Derecho alemán*, p. 112; cursivas añadidas).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

contrato de obra, la corrección del cumplimiento se traduce en la posibilidad de exigir la *reparación* o la *sustitución* del bien vendido⁸³⁹.

⁸³⁹ Pero en este caso, y a diferencia de lo que ocurre en el contrato de obra, quien elige entre estas dos vías es el cliente. Explica ZIMMERMANN que, en el sistema adoptado por el BGB tras la reforma, “[l]a entrega de una cosa defectuosa no afecta al derecho del comprador a reclamar el cumplimiento específico de la obligación del vendedor; después de todo, la entrega de un bien con vicios supone incumplimiento. *Con todo el cumplimiento específico debe adoptar una de dos modalidades. El adquirente puede reclamar un bien sin defectos*, lo cual sólo es imaginable en el supuesto de venta de bienes genéricos; *o puede solicitar la subsanación del defecto*, lo cual se aplicaría con independencia de que el bien fuera determinado o genérico. Tras la transposición del art. 3 (2) de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, *el BGB garantiza al comprador ambos derechos* (§§ 437 I núm 1, 439 BGB)” [*El nuevo Derecho alemán*, pp. 111-112, cursivas añadidas]. El § 437 I BGB (*Derechos del comprador por vicios*) dispone: “*Si la cosa tiene vicios, y si concurren los requisitos previstos por las disposiciones siguientes, el comprador puede, si no se prevé otra cosa, / 1. de acuerdo con el § 439, exigir la corrección de la cosa*”. Y por su parte, el § 439 (*Corrección del cumplimiento*), dispone: “(1) *El comprador puede reclamar como corrección del cumplimiento, a su elección, la eliminación del vicio o la entrega de una cosa libre de vicios. / (2) El vendedor debe asumir los gastos necesarios para la corrección del cumplimiento, en particular, los costes de transporte, circulación, mano de obra y materiales [...]*” [de ambos artículos: trad. NIEVA FENOLL, J.; rev. FISCHER, K., en LAMARCA MARQUÈS, (dir.) BGB]. Como explica ZIMMERMANN, *todos los demás derechos de que goza el adquirente* [a saber: resolver el contrato, reclamar daños, reclamar otros gastos que se hayan efectuado con ocasión del cumplimiento esperado, y reducir el precio de adquisición] *son “secundarios, puesto que, como regla general, son sólo posibles si el adquirente ha fijado previamente un plazo de cumplimiento y éste transcurre sin que el vendedor haya cumplido* [*El nuevo Derecho alemán*, pp. 119-120, cursivas añadidas]. Debido a este régimen, EHMANN/SUTSCHET califican este derecho a la corrección –al que denominan “derecho de cumplimiento posterior– *como un derecho “previo y obligatorio”, destacando que el mismo “no es solamente un derecho, sino igualmente un deber del comprador, porque este derecho de cumplimiento posterior tiene primacía sobre la declaración del desistimiento y la reclamación de una reducción o una indemnización por daños y perjuicios*. Al vendedor se le da una segunda oportunidad de cumplimiento (posterior), antes que el comprador tenga el derecho de reclamar sus derechos (desistimiento [*sic.*, léase “resolución”], reducción, indemnización por daños y perjuicios” (*La reforma del BGB*, p. 254-255; cursivas añadidas). Para una presentación general sobre la influencia de la Directiva 1999/44/CE en la regulación de la compraventa en el BGB, véase también ROTT, P., “German Sales Law. Two Years After the Implementation of Directive 1999/44/EC”, *GLJ*, 2004, 5, pp. 237-255.

c) La incidencia de la regulación procesal

[249] Por último, y como se ha dicho anteriormente, el alcance de la afirmación que pueda hacerse sobre la existencia de un derecho al cumplimiento específico, en un ordenamiento jurídico dado, viene también determinado, al menos en parte, por la existencia de *vías procesales* que permitan al acreedor obtener dicho cumplimiento *in natura*. Esto también es cierto respecto del Derecho alemán⁸⁴⁰. La pretensión (sustantiva) de cumplimiento (*Anspruch*) está estrechamente ligada a la existencia de una acción (procesal) de cumplimiento (*Leistungsklage*)⁸⁴¹. Por lo tanto, las normas del BGB deben complementarse con las normas sobre procesos de ejecución del

⁸⁴⁰ En palabras de MARKESINIS *e. al.*, “[t]he situations in which performance may be particularly attractive cannot be analysed independently of the methods by which a right to enforced performance can actually be enforced” (*The german law*, p. 403). En el mismo sentido, HEIDEMANN: “[s]pecific performance occurs in two stages; in the prejudgment or trial stage of an action and, after the rendering of the judgment, the stage of execution, formally distinct and governed by the code of civil procedure” (HEIDEMANN, M., *Methodology of Uniform Contract Law. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2007, p. 120).

⁸⁴¹ MARKESINIS *et al.*, tras la afirmación transcrita en la nota anterior, explican, en relación con el Derecho alemán, la estrecha vinculación entre el Derecho procesal y el sustantivo, en estos términos: “[t]he pertinent procedural remedy is an action for performance (*Leistungsklage*), which the Code of Civil Procedure (ZPO) prescribes for all cases in which a plaintiff asks the court for a judgment ordering the defendant to do or not to do a particular thing (this is also the definition of the corresponding notion of substantive law: *Anspruch*, § 194 I BGB” (*The german law*, p. 403). Por esta razón es que el término *Anspruch* se traduce como *pretensión* [§ 194 I BGB: “*El derecho a exigir un acto u omisión de otro (pretensión)* [...]”; trad. LAMARCA MARQUÈS; rev. Beckmann, J., en LAMARCA MARQUÈS (dir.) *Código civil alemán*]. Como explica FISHER, el término *Leistungsklage*, por su parte, hace referencia a un tipo particular de acción, la acción de cumplimiento [“*Leistungsklage* (performance action), whereby an enforceable judgment requiring a *Tun, Unterlassen oder Dulden* (act, omission or sufferance = a *Leistung*) from the defendant is sought (e.g. payment of a debt; restraint of conduct”; FISHER, H., *The German Legal System and Legal Language*, 4.^a ed., Routledge-Cavendish, 2009, p. 192].

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

Código de procedimiento civil alemán (*Zivilprozessordnung*; en adelante, ZPO)⁸⁴². Y en el marco de este trabajo, interesa dar cuenta de *algunas* de las reglas contenidas en el Libro 8 del ZPO [(Ejecución) § 704 y ss.], Parte 3 [(Ejecución para obtener la entrega de una cosa o prestaciones de hacer o no hacer), § 883 y ss.]. Me refiero a las reglas relativas a la ejecución de prestaciones de *hacer fungible* [§ 887 ZPO] y a las relativas a la ejecución de prestaciones de *hacer infungible* [§ 887 ZPO], porque esas son las obligaciones que pueden tener por fuente un contrato de servicio⁸⁴³.

Pese a ello, conviene apuntar algo en relación con la ejecución de obligaciones consistentes en la entrega de un bien, a fin de contrastar los medios de ejecución en estos casos, con los medios de ejecución para las obligaciones de hacer, que de inmediato se verán. *Tratándose de obligaciones consistentes en la entrega de un bien*, cabe el empleo de *medios directos de coacción*: el deudor *puede ser desposeído* del bien que debe entregar, a fin de que el mismo sea entregado al acreedor [y ello, ya se trate de un bien

⁸⁴² Una presentación general sobre los procesos de ejecución en el ZPO, en ORTIZ PRADILLO, J./ PÉREZ RAGONE, Á. (trad.) *Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin/Montevideo, 2006, capítulo 6 (Nociones de procesos de ejecución), p. 136 y ss. Todas las transcripciones de los §§ del ZPO en las notas siguientes son tomadas de esta traducción.

⁸⁴³ En la mentada Parte 3 del Libro 8 se regulan cinco sub-categorías de obligaciones no dinerarias: la obligación que consiste en la *entrega de un bien*, la obligación que consiste en un *hacer fungible*, la obligación que consiste en un *hacer infungible*, la obligación que consiste en un *no hacer* (un acto omisivo), y la obligación que consiste en realizar una *declaración de voluntad*.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

mueble específico (§ 883 ZPO)⁸⁴⁴, de una cantidad de bienes fungibles (§ 884 ZPO)⁸⁴⁵ o de bienes inmuebles (§ 885 ZPO)⁸⁴⁶].

[250] En el caso de prestaciones de *hacer fungible* (§ 887 ZPO [*Prestación de hacer fungible*]), la ejecución consiste en autorizar expresamente al acreedor para que realice el acto a expensas del deudor (§ 887 (1) ZPO)⁸⁴⁷. En tal caso, el tribunal puede ordenar que el deudor consigne dinero suficiente para ello (§ 887 (2) ZPO)⁸⁴⁸. Se ha dicho que el efecto de esta vía de ejecución es la transformación de la

⁸⁴⁴ § 883 ZPO (*Entrega de determinadas cosas muebles*): “(1) En caso de que el deudor tenga que entregar una cosa o una cantidad de determinadas cosas muebles, éstas deben serle desposeídas y entregárselas al acreedor por el oficial de ejecución./ (2) En caso de que no se encuentre la cosa a ser entregada, el deudor está entonces obligado –a petición del acreedor– a declarar bajo juramento en el protocolo que no posee la cosa y que no sabe dónde se encuentra./ (3) El tribunal puede proveer, de acuerdo con las circunstancias, las modificaciones correspondientes de la declaración jurada./ (4) Las disposiciones de los §§ 478 a 480, 483 rigen en lo que corresponda” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

⁸⁴⁵ § 884 ZPO (*Prestación con relación a una cantidad determinada de cosas fungibles*): “En caso de que el deudor tenga una prestación con relación a determinada cantidad de cosas fungibles o títulos de valores, rige entonces la disposición del § 883 apartado 1, en lo que corresponda” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

⁸⁴⁶ § 885 ZPO (*Entrega de inmuebles o buques*): “(1) En caso de que el deudor tenga que entregar, transmitir o desalojar una cosa inmueble, un buque, o buque en construcción inscrito, el oficial de ejecución tiene entonces que tomar la posesión del deudor otorgándosela al acreedor [...]” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

⁸⁴⁷ § 887 (1) ZPO: “En caso de que el deudor no cumpla con la obligación de hacer, siendo que esta puede ser llevada a cabo por un tercero, el acreedor debe entonces ser apoderado por el tribunal del proceso de primera instancia cuando lo peticione para poder requerir que un tercero realice esa conducta, y el deudor cargue con las costas”. (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

⁸⁴⁸ § 887 (2) ZPO: “El acreedor puede al mismo tiempo requerir que se condene al deudor para el pago anticipado de los gastos que surgieran por la realización de la prestación de hacer, sin perjuicio del derecho a exigir un crédito posterior cuando la realización de la prestación de hacer produzca mayores erogaciones” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

obligación *in specie*, en una obligación dineraria, cuyo cumplimiento se obtiene por los medios para obtener el cumplimiento de las obligaciones dinerarias, medios que son “menos invasivos”⁸⁴⁹.

Tratándose, *en cambio*, de prestaciones de *hacer no fungible* [§ 888 ZPO (*Prestación de hacer no fungible*)] existe la posibilidad de decretar *multas y arresto* como medidas coercitivas [*cfr.* § 888 (1) ZPO]⁸⁵⁰. Sin embargo, y esto resulta de interés en el marco de este trabajo, el § 888 (3) ZPO contempla casos en los que esas medidas coercitivas *no son aplicables*. Y, entre esos casos, se incluye “*el caso de prestación de servicios sobre la base de un contrato de servicio*”⁸⁵¹ (destacado añadido; el término utilizado en alemán es *Dienstvertrag*, por tanto, contrato de servicio debe entenderse aquí *en sentido estricto*; valga al

⁸⁴⁹ MARKENISIS *et al.*, *The german law*, p. 404.

⁸⁵⁰ 888 (1) ZPO: “*En caso de que una prestación de hacer no pueda ser realizada por un tercero, cuando esta dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, entonces se debe declarar a petición en el tribunal del proceso de primera instancia, que al deudor se le puede imponer una multa dineraria como medio coercitivo para obtener el cumplimiento de la prestación de hacer y, para el caso de que esta no pueda ser realizada, lograr la imposición de un arresto. La multa no puede superar el monto de veinticinco mil euros. Para el arresto rigen las disposiciones del apartado 4 sobre arresto, en lo que corresponda*” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

En la imposición de esas medidas, debe respetarse el principio de proporcionalidad, lo que explica que el arresto se considere un último recurso [*cfr.* MARKENISIS *et al.*, *The german law*, p. 405]. En este mismo sentido, HEIDEMANN explica que “[c]ourts will not apply measures of enforcement which would cause disproportionate harm or disadvantage to a judgment defendant. This corrective belongs to the procedural world rather than to the world of substantive contract law [...]” (HEIDEMANN, M., *Methodology of Uniform Contract Law*, p. 120).

⁸⁵¹ 888(3) ZPO: “*Estas disposiciones no pueden ser aplicadas en caso de condenas para la celebración de un matrimonio, para la reposición de la vida conyugal y en caso de prestación de servicios sobre la base de un contrato de servicio*” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*; destacado añadido).

respecto lo dicho *supra* [83]). Se entiende que la razón de esta exclusión reside en que forzar a una persona a trabajar sería contrario a la dignidad humana⁸⁵². De ahí, se ha dicho, que en casos como el de la cantante de ópera cuyo hijo enferma gravemente no sea necesario liberar al deudor de su deber de cumplimiento en virtud del § 275 (3) BGB [valga lo dicho *supra* [245] y nota 816)], pues la ejecución de una eventual condena al cumplimiento específico, mediante el uso de estas vías de apremio (multas o arrestos) queda excluida de antemano por el § 888 (3) ZPO⁸⁵³.

Por último, conviene señalar que las mentadas vías de ejecución –ejecución por tercero a costa del deudor, si la obligación es fungible, o imposición de apremios, si la obligación es no fungible– *quedan excluidas* en el caso en el que, al momento de dictarse la sentencia que condena al hacer, el acreedor hubiera solicitado que, de no ejecutarse el acto *dentro de un plazo determinado*, se condene al deudor al pago de un resarcimiento [§ 888a ZPO, en relación con §510b ZPO]⁸⁵⁴.

⁸⁵² MARKENISIS *et al.*, *The german law*, p. 405. En este punto, los autores señalan que el § 888(3) ZPO no excluye la posibilidad de que la obligación sea ejecutada por otro, y que por tanto, el deudor podría tener que soportar esa ejecución, como si la obligación fuera fungible y con arreglo a lo dispuesto en el § 887 ZPO; si bien los propios autores ponen de relieve que ello es un punto discutible. Expresan, en otro lugar, que “es obvio que la obligación no puede transformarse en una obligación dineraria”, como ocurre en el caso de las obligaciones fungibles” (*ibíd.*, p. 404).

⁸⁵³ En este sentido, EHMANN/SUTSCHET, *La reforma del BGB*, p. 75.

⁸⁵⁴ § 888a ZPO (*Imposibilidad de ejecución de prestación de hacer con resarcimiento*): “En caso del § 510b, si el demandado ha sido condenado a pagar un resarcimiento, queda excluida la ejecución sobre la base de las disposiciones de los §§ 887, 888”. Por su parte, el § 510b ZPO (*Sentencia para la realización de una conducta de hacer*) dispone: “En caso de que se pronuncie una sentencia que condene a realizar un acto, el demandado o el actor en su caso pueden solicitar que si el acto requerido no es realizado

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[251] *En síntesis.* Puede decirse, que en el Derecho alemán el cumplimiento específico se mira –tradicionalmente y todavía– como una consecuencia natural de la existencia de la obligación. Y por ello, el que exista o no un derecho al cumplimiento específico es algo que se resuelve *prioritariamente* en el plano del *Derecho sustantivo*⁸⁵⁵. Ahora bien, en este sentido, considerado el cumplimiento específico como un *derecho* (sustantivo) del acreedor, habría que precisar que éste *no es un derecho absoluto*. La existencia de los *límites* contemplados en el § 275 BGB otorgan un cierto carácter discrecional al remedio del cumplimiento específico: junto con la imposibilidad de la prestación [§ 275 (1) BGB], el acreedor puede ver frustrada su pretensión, si se estima que, en el caso, no es razonable condenar al deudor al cumplimiento específico [§ 275 (2) y (3) BGB; previa oposición del deudor].

Por otro lado, puede decirse que la idea de que el cumplimiento específico *es el remedio preferente* sí tiene asidero en el Derecho alemán, en el sentido de que los demás remedios (resolución, indemnización) requieren, *por regla general*, que se haya otorgado al deudor una segunda oportunidad para cumplir con la prestación pactada.

en un plazo determinado, la parte sea condenada al pago de un resarcimiento; el juzgado tiene que determinar el resarcimiento de acuerdo con su libre discreción” (trad. ORTIZ PRADILLO/PÉREZ RAGONE, *Código Procesal Civil Alemán*).

⁸⁵⁵ Conviene, en este punto, reproducir las palabras de FAUST/WIESE: “Under German law, specific performance is a concept of substantive law, unrelated to the question of how to enforce a judgment. Specific performance does not pre-suppose a breach of contract, but is the consequence of the contract’s existence: the parties are under an obligation to fulfil their contractual promises./ Therefore, the question is not whether a court is to grant specific performance as remedy for a breach of contract, but whether, due to special circumstances, the debtor’s obligation has expired” [(2008) pp. 50-51].

Por último, aun cuando pueda obtenerse una condena al cumplimiento específico en contra del prestador de un servicio, parece bastante claro que *en fase de ejecución* no será posible obtener el cumplimiento *in natura* por parte del propio deudor. En efecto, las vías de apremio que reconoce el ZPO para las obligaciones de hacer (arresto y multa) no sólo se admiten únicamente tratándose de obligaciones no fungibles (lo que excluye la posibilidad de su empleo cuando se trata de incumplimiento de servicios estandarizados) sino que, además, quedan expresamente excluidas tratándose de obligaciones derivadas de contratos de servicio *en sentido estricto* (*Dienstvertrag*). Esto quiere decir que, el hecho de que, teóricamente, pueda obtenerse una condena de cumplimiento de un contrato de servicio no implica que el acreedor verá satisfecho su interés *in natura*, por lo menos, no a través de la ejecución por parte del propio deudor: el acreedor deberá conformarse con un cumplimiento por sustitución (ejecución por un tercero, si la prestación es fungible) o bien, con una indemnización de daños (si la prestación debida es no fungible).

2. EL DERECHO FRANCÉS

a) La idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico. Artículos 1142 a 1144 *Code civil*

[252] Si uno toma como punto de partida el texto del *Code civil*, da la impresión que, ante el incumplimiento del deudor, el remedio del cumplimiento específico (*exécution forcée en nature*) tiene un lugar muy

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

limitado, y que el remedio preferido es la indemnización de daños (*indemnisation; dommages-intérêts*)⁸⁵⁶. Esto es lo que sugiere la lectura del art. 1142 *Code civil*, en cuanto señala, como ya se ha dicho, que “[t]oute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur”. En efecto, la posibilidad de obtener el cumplimiento específico parece quedar limitada, *a contrario sensu*, únicamente a los casos de *obligaciones de dar*⁸⁵⁷.

i. Es claro que el art. 1142 *Code civil* plasma la doctrina de POTHIER sobre este punto, expuesta en su *Traité des obligations*:

“Cuando alguien se ha obligado a hacer alguna cosa, esta obligación no da al acreedor el derecho de obligar al deudor precisamente a hacer lo que se ha obligado a hacer, sino tan sólo el de hacerle condenar al pago de daños y perjuicios, falto de haber satisfecho a su obligación. Es en esta obligación de daños y perjuicios que se

⁸⁵⁶ Cfr. PICOD, Y., “Les projets français sur la réforme du droit des obligations”, *Indret* 2/2009, p. 9.

⁸⁵⁷ Y más precisamente a las obligaciones dinerarias, en las que la ejecución forzosa se obtiene por la vía del embargo y venta de los bienes del deudor (cfr. MALAURIE/AYNES/STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, pp. 630-631). En efecto, si se trata de una obligación de dar una cosa (dar en sentido estricto: *dare*, o sea, transferir la propiedad), no tiene sentido hablar de cumplimiento específico, ya que dicha obligación se mira como ejecutada de pleno derecho, debido a que el contrato tiene efecto real [cfr. JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, 3.^a ed., 1939, Sirey, Paris, t. 2, n. 586, p. 369]. Por ello, la lógica en virtud de la cual se obtiene la entrega de bienes específicos es más bien propietaria, no obligacional (y la misma lógica está presente en las obligaciones de restituir).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

resuelven todas las obligaciones de hacer alguna cosa; pues *nemo potest praecise cogi ad factum*"⁸⁵⁸.

ii. La justificación de la regla del art. 1142 *Code civil* en el principio *nemo potest praecise cogi ad factum* es una constante. Se puede hallar en la exposición de motivos del *Code civil*⁸⁵⁹, en la doctrina de los primeros exégetas⁸⁶⁰, y en la doctrina actual⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, n. 157 (texto tomado de *Tratado de las obligaciones*, p. 91). Y en otro lugar, POTHIER señala: "[e]l efecto de la obligación que una persona ha contratado de hacer alguna cosa, es que ella debe hacer lo que ella se ha obligado a hacer; y que, si no lo hace, después de haber sido requerida para que lo haga, debe ser condenada al pago de daños y perjuicios a aquel con quien ha sido contratada; es decir, in *id quanti creditoris intersit factum fuisse id quod promissum est*: lo que debe ser estimado en una suma de dinero por peritos convenidos entre las partes" [*ibíd.*, n. 146 (pp. 85-86 de la versión en español)]. POTHIER extiende esta misma solución a las obligaciones de no hacer: "Cuando alguien se ha obligado a no hacer una cosa, el derecho que da esta obligación al acreedor es el de perseguir en justicia al deudor, en caso de contravención a su obligación, para hacerle condenar al pago de los daños y perjuicios que resulten de la contravención" [*ibíd.*, n. 158; *Tratado de las obligaciones* p. 91].

⁸⁵⁹ Así, por ejemplo, BIGOT-PRÉAMENEU, en la presentación del texto propuesto al cuerpo legislativo: "[l]e motif est que nul peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose, et que, si cela était possible, ce serait une violence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats" (FENET, A., *Recueil complete des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13: *Discussions, motifs, rapports et discours*, t. 8, Paris, 1836, p. 232); y FAVART, en su informe a la comisión de legislación del *Tribunat*, a propósito de este artículo, señala: "parce que, disent les jurisconsultes romains, *nemo ad actum cogi potest*" (*ibíd.*, p. 322).

⁸⁶⁰ Por ejemplo, DELVINCOURT: "On ne peut, à la rigueur, et sans attenter à la liberté naturelle, forcer un individu de faire ce qu'il ne veut pas, ou l'empêcher de faire sur son propre bien ce qu'il veut; mais on peut, dans ces deux cas, le punir, s'il est contrevenu à des obligations par lui contractées. De-là le principe, que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution" (*Institutes de Droit Civil*, t. 2, pp. 272-273). Y en términos parecidos DURANTON: "Comme on ne peut gêner quelqu'un dans la liberté, on a établi en principe, que toute obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose se résolvait en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur [...] [d]e ce que ce n'est qu'en considération de la liberté du débiteur qu'on ne peut le contraindre faire ou à ne pas faire ce qu'il a promis, il s'ensuit que toutes les fois que sans gêner sa liberté, sans le contraindre autrement que par les voies de droit, le créancier pourra faire exécuter

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[253] A pesar de los contundentes términos en que se expresa el art. 1142 *Code civil* (en cuanto se refiere a “toda” obligación), ya desde la segunda mitad del siglo XIX la doctrina francesa comenzó a interpretar dicho artículo a la luz del principio de la fuerza obligatoria del contrato (el *pacta sunt servanda*), consagrado en el art. 1134 *Code civil*⁸⁶². En este sentido, se defiende por parte de la doctrina que el no reconocer la posibilidad de obtener el cumplimiento específico como regla general, debilitaría la fuerza obligatoria del contrato; y también se dice, que admitir que el deudor pueda liberarse de su obligación indemnizando los daños, convertiría a todas las obligaciones

l'obligation par un autre il a le droit de le faire en se faisant autoriser à cet effet; et alors l'exécution a lieu aux dépens du débiteur [...] Il a également celui de faire détruire ce qui aurait été fait en contravention à l'engagement, mais il faut qu'il se fasse autoriser” (DURANTON, M., *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, Paris, 1819, t. 1, p. 469 y ss.).

En cambio, sobre la posibilidad de emplear la fuerza para obtener el cumplimiento de una obligación de entregar, no existe duda. Ya DOMAT sostenía que “Il ne dépend jamais du vendeur d'éluder l'effet de la vente par le défaut de la délivrance; il peut toujours y être contraint, s'il est possible, pourvu que l'acheteur exécute de sa part son engagement” [*Les lois civiles*, libro I, *Du contrat de vente*, Título II, Sección II, párrafos 20 y 21 (p. 162)].

⁸⁶¹ Así, por ejemplo, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK: “L'article 1142 paraît imposer que l'inexécution d'une obligation de faire se résolve en dommages-intérêts [...] texte qui est une application de la règle *nemo potest praecise cogi ad factum*” (*Les Obligations*, p. 624); y en el mismo sentido, FABRE-MAGNAN: “Il faudrait donc distinguer selon les types d'obligation: soit l'obligation est «de faire ou de ne pas faire» et le juge ne peut alors condamner le débiteur récalcitrant qu'à des dommages-intérêts, soit elle est «de donner» est le juge peut alors éventuellement prononcer une condamnation à l'exécution forcée. La règle est traditionnelle: *nemo praecise potest cogi ad factum* (personne ne peut être contraint directement à faire quelque chose)” [FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, Paris, 2012, p. 647].

⁸⁶² Art. 1134 *Code civil*: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites./ [...]”.

contractuales en obligaciones alternativas, con lo que se niega la existencia misma de la obligación⁸⁶³.

Se introduce, así, una distinción que el art. 1142 *Code civil* no reconoce. Se entiende que existen algunas obligaciones de hacer que consisten en hechos personales del deudor, y en ellas, lógicamente, no es posible obtener el cumplimiento por la fuerza sin afectar a la libertad personal del deudor. Al lado, hay otras obligaciones de hacer que no suponen un acto personal del deudor y en las que, por tanto, sí es posible obtener el cumplimiento de la obligación por la fuerza (así, en la obligación de entregar o restituir). En estos últimos casos, la condena a la ejecución *in natura* puede y debe ser ordenada por el juez si así lo solicita el acreedor⁸⁶⁴. Así, se termina por entender que el art. 1142 *Code civil*,

⁸⁶³ En este sentido, LAITHIER, Y.-M., "Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract", en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (edits.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp. 108-109; y p. 113. Como muestra de esta interpretación por parte de los autores franceses de la segunda mitad del siglo XIX, véanse las opiniones de los autores que se reproducen en la nota siguiente.

En todo caso, conviene apuntar, el argumento de que, si no se admite el cumplimiento específico como regla entonces toda obligación sería una obligación alternativa – argumento que según LAITHIER se observa con claridad en la segunda mitad del siglo XIX– ya había sido planteado y *rebatido* durante la primera mitad del siglo XIX. Así, por ejemplo DURANTON (en 1819): "Le débiteur ne devant pas ou dommages-intérêts, ou faire ou ne pas faire, il n'est pas censé obligé sous une alternative; et, d'après celà, si c'est par force majeure qu'il n'a pas exécuté il ne devra pas les dommages-intérêts parce qu'ils n'ont jamais été compris dans l'obligation tandis que s'il était obligé sous une alternative, il les devrait (Art. 1193)" (*Traité des contrats*, t.1, p. 469 y ss.). El art. 1193 *Code civil* señala: "*L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises péricule et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place./ Si toutes deux sont périées, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière*".

⁸⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, LAURENT (en 1875): "la exécution directe de l'obligation est la règle pour toute espèce d'obligations. La règle ne reçoit d'exception que s'il y a impossibilité de poursuivre l'exécution directe. Cette impossibilité existe

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

pese a su tenor literal, *no* se refiere a “toda” obligación de hacer o de no hacer, sino *sólo* a aquellas obligaciones cuyo cumplimiento suponen un *acto personal del deudor*.

Creo que es posible afirmar que esta interpretación que del art. 1142 *Code civil* hizo la doctrina francesa, si bien va contra su tenor literal, *no es contraria a su espíritu*. Es cierto que, como se acaba de mostrar, este artículo reproduce la doctrina de POTHIER, tal como la expuso en su *Traité des obligations*. Pero también hay que tener presente que el mismo POTHIER, en su *Traité du contrat de louage*, distingue claramente –al explicar el principio *nemo potest praecise cogi ad factum*– entre dos tipos de obligaciones de hacer, aquellas que consisten en un mero hacer, y aquellas otras que consisten en entregar (como la que tiene el arrendador o el vendedor), y

plus souvent dans les obligations de faire que dans les obligations de donner; c’est une différence de fait plutôt que de droit. Il y a cependant une différence de droit qui touche à la liberté humaine. La liberté est hors de cause quand il s’agit d’une obligation de donner: la force publique s’adresse à la chose, et non à l’homme. Dans les obligations de faire, la liberté de l’homme est en jeu, en ce sens que l’obligation ne peut pas être exécutée en faisant violence au débiteur [...] [l]’homme est libre de ne pas remplir ses engagements, sauf à supporter, les conséquences de cette inexécution: on ne peut pas lui enlever cette liberté en employant la violence”. Pero luego agrega: “[d]ès que la liberté du débiteur n’est pas compromise, dès que l’on n’exerce pas de violence contre sa personne, l’obligation de faire ne diffère plus en essence de l’obligation de donner” [LAURENT, *Principles de droit civil*, t. 16, p. 258].

En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINIERE (1882): “La plupart du temps, il est impossible de contraindre directement le débiteur à faire lui-même ce qu’il a promis de faire ou à ne pas faire ce dont il s’est engagé à s’abstenir. *Nemo potest praecise cogi ad factum*. / La mauvaise volonté du débiteur pourra donc mettre le créancier dans l’impossibilité d’obtenir ce qui lui a été promis; alors la loi lui permet d’en réclamer l’équivalent sous forme de dommages et intérêts [...] [m]ais le créancier est-il obligé de s’en tenir là? Non; il a droit à l’exécution directe de l’obligation, toutes les fois qu’elle est possible” (*Précis de droit civil*, t. 2, pp. 609-610).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

respecto de estas, últimas, POTHIER admite el cumplimiento específico ⁸⁶⁵.

Para LATHIER, esta forma de interpretar el art. 1142 *Code civil* supone un “cambio radical” en relación con la consideración de este remedio: el cumplimiento específico (*exécution en nature*) pasó de ser un remedio más, a un fin en sí mismo⁸⁶⁶. Esta sigue siendo la forma en la

⁸⁶⁵ POTHIER, a propósito de la obligación del arrendador de entregar la cosa arrendada (y también a propósito de la obligación del vendedor de entregar el bien vendido), precisa que “esta regla [se refiere al *nemo potest...*] sólo es de aplicación tratándose de obligaciones que tienen por objeto un acto corporal de la persona del deudor, al cual éste no podría ser coaccionado sin que se atentara contra su persona y su libertad”. POTHIER, aquí, admite una distinción entre unos “hechos” que *sunt mera facta* de otros que hechos que “*non sunt mera facta*”, que están más orientados a dar “*ad dationem magis accedunt*” (como la obligación de entregar lo vendido y la de entregar lo arrendado). En estos últimos, sí es posible coaccionar al deudor para obtener la prestación exacta, sin afectar a su persona y libertad [cfr. *Traité du contrat de louage*, n. 66 (p. 63-65)]. Por lo demás, POTHIER no “inventa” esta distinción: el mismo señala que “esta es la opinión de Lauterbach” [se refiere a W. A. LAUTERBACH, jurista alemán (1618-1678), representante del *usus modernus pandectarum*].

Considerando lo que se acaba de exponer, *no parece atendible* la crítica de DAWSON (1959) en el sentido de que POTHIER recogió el principio expuesto por BARTOLO para las obligaciones de *facere*, pero lo hizo sin recoger, a la par, los matices y excepciones que BARTOLO admitía (sobre la doctrina de BARTOLO, *supra* [237]), y que así fue como pasó al *Code civil*, en el art. 1142. Para DAWSON, el hecho de que POTHIER expusiera como regla el “*nemo potest...*” para toda obligación de hacer y de no hacer, sin realizar ninguna distinción, es prueba de su mediocridad como jurista y lo convierte en el “villano de esta historia” [cfr. DAWSON (1959) pp. 508-509]. La crítica de DAWSON A POTHIER ha sido recogida recientemente por SCALISE, R., “Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *AJCL*, n. 55, 2007, p. 728.

⁸⁶⁶ “The role attributed to specific performance in France is, above all, the expression of an ideal. For many years, specific performance had been considered for what it is, namely, a means among others to grant the creditor, who is the victim of a breach of contract, satisfaction in the form of the expected benefit, available when an award of damages only seemed unfair. However, a radical change of view occurred around the second half of the nineteenth Century. Specific performance ceased to be a means and became an end in itself. Appealing to reason, it seems correct to state that it is in the very nature of contractual obligations to be specifically performed, this being the only remedy capable of «fulfilling» both the subjective rights of the creditor and the objective rights created by the contracts. It follows that acceptance of the proposition

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

que se interpreta el art. 1142 *Code civil* por parte de los tribunales franceses ⁸⁶⁷.

[254] Además de la mentada interpretación restrictiva que se ha hecho del texto del art. 1142 *Code civil*, la regla de que *toda* obligación de hacer y de no hacer se resuelve en una indemnización de daños puede ser *matizada*, desde otro punto de vista. Y es que el propio *Code civil* reconoce al acreedor, para el caso del incumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer, ciertas vías de ejecución *distintas de la solicitud de una condena a indemnizar los daños*.

En efecto, tratándose de obligaciones *de hacer*, el art. 1144 *Code civil* establece que acreedor puede solicitar que se le autorice a hacerla ejecutar por otro ⁸⁶⁸; y tratándose de obligaciones de *no hacer*, el art.

that the debtor may legally be released by paying damages instead of providing the promised performance would amount to allowing him unilaterally to alter the content of the obligation, to transforming any contractual obligation into an alternative obligation and, finally, to denying the very existence of a civil obligation. The pecuniary remedy is therefore not only unfair, but above all «illogical». *Under this approach, performance of the contract can only mean specific performance*”[LAITHIER (2005) p. 108-109; cursivas añadidas].

⁸⁶⁷ Así lo explica FABRE-MARGAN: “Il n’y a que pour les obligations de faire présentant un caractère personnel très marqué et qui exigerait donc, pour leur exécution forcée, une atteinte trop forte à la liberté individuelle, que les juges se refusent à ordonner au débiteur d’exécuter le contrat: un artiste s’étant engagé à peindre un portrait ne pourra ainsi pas être condamné à terminer la toile contre son gré; en revanche le peintre qui a promis de repeindre une maison pourrait sans difficulté être condamné à le faire. Ainsi, selon la Cour de cassation, le txto de l’article 1142 «ne peut trouver application qu’en cas d’inexécution d’une obligation *personnelle* de faire ou de ne pas faire»” (*Droit des obligations*, p. 648; cursivas del original).

⁸⁶⁸ Art. 1143 *Code civil*: “Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l’engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s’il y a lieu”.

1143 *Code civil* permite que se ordene que se deshaga lo hecho⁸⁶⁹; en ambos casos, a costa del deudor.

Lo dispuesto en los arts. 1143 y 1144 *Code civil* incide en la percepción que se tiene acerca de cuál es el remedio preferente en el Derecho francés; pero *se trata de una cuestión de perspectiva*. Lo que quiero decir con esto es, que ello depende de si esas vías de ejecución de los arts. 1143 y 1144 *Code civil* son consideradas, o no, como vías de cumplimiento. Los primeros comentaristas del *Code civil* no consideraron esas vías como una excepción a la regla del art. 1142 *Code civil*, sino como una confirmación de la misma: el acreedor, tratándose de obligaciones de hacer, sólo puede obtener *del deudor* una indemnización de daños⁸⁷⁰. Sin embargo, una vez que se considera

Además, si la obligación de hacer consiste en manifestar una voluntad –como en los casos en que la obligación consiste en celebrar un contrato–, nunca se ha dudado que el juez puede actuar en nombre del deudor [*cfr.* por ejemplo, COLIN, A./CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, 6.^a ed., Paris, 1931, t. 2, pp. 17-18].

⁸⁶⁹ Art. 1144 *Code civil*: “Le créancier peut aussi, en cas d’inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l’obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l’avance des sommes nécessaires à cette exécution” [la última parte de este artículo, que establece que el deudor puede ser condenado a adelantar las sumas necesarias para la ejecución, fue agregada por la Loi 9 juillet 1991].

Conviene destacar que, desde hace mucho que se entiende que la expresión “*peut aussi*” que contiene este artículo, no debe entenderse como que se concede una facultad del juez, sino que debe entenderse que se concede un derecho del acreedor, que, ejercitado por éste, obliga al juez [*cfr.* por ejemplo, BAUDRY-LACANTINIERE *Précis de droit civil*, t. 2, p. 610].

⁸⁷⁰ En este sentido, por ejemplo, DELVINCOURT (1808): “[c]ependant, s’il s’agit d’une obligation de faire, et que le fait puisse être accompli par un tiers, le créancier peut être autorisé à faire exécuter l’obligation aux dépens du débiteur” [y en nota a este texto puede leerse:] “[i]l est toujours vrai de dire que, dans ce cas, l’obligation se résout, à l’égard du débiteur, en dommages-intérêts, lesquels consistent en ce qu’il est tenu d’indemniser le créancier du retard, et de ce qu’il lui en a coûté pour faire exécuter la chose à laquelle il s’étoit engagé./ De même, si l’obligation est de ne pas faire, et que ce qui a été fait en contravention puisse être détruit, le créancier a le droit

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

–como se hizo luego– que el cumplimiento específico es el remedio preferente, las vías de ejecución de los arts. 1143 y 1144 *Code civil* se miran como vías de ejecución *in natura*, y por tanto, que su existencia “restringe” o “atenúa” el principio expuesto por el art. 1142 *Code civil*⁸⁷¹.

[255] Por último, esta interpretación de la doctrina francesa, que entiende que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico respecto de todo tipo de obligaciones, se funda en el texto del art. 1184 (I y II) *Code civil*:

“La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

d'en demander la destruction; et il peut même se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, toujours sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu” (*Institutes de Droit Civil*, t.2, pp. 272-273).

⁸⁷¹ Así, por ejemplo, ya MARCADÉ: “L’exécution forcée aura lieu, dans notre droit, toutes les fois qu’on pourra la réaliser sans violences pratiquées sur la personne du débiteur, c’est-à-dire toutes les fois que cette exécution n’est pas de nature à ne pouvoir être accomplie que par le débiteur en personne”; y luego continúa: “[c]e principe, conforme à notre ancienne jurisprudence et contraire au droit romain (où le créancier ne pouvait jamais obtenir qu’une condamnation pécuniaire), est consacré dans les art. 1143 et 1144 [...] qui viennent restreindre la règle formulée trop largement, et par là même inexactement, par notre art. 1142” para, finalmente, exponer que “[l]’art. 1142 ne doit donc pas se prendre à la lettre quand il dit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d’inexécution” (*Explication théorique*, 8.^a ed., 1884-1894, t. 4, pp. 442-443). En la doctrina moderna, por ejemplo MESTRE, quien afirma: “les articles 1143 et 1144 du Code civil [...] se présentent [...] comme des compléments au principe nouveau de respect de la loi contractuelle posé par les juges” [cfr. MESTRE, J., “Observations sur l’attitude du juge face aux difficultés d’exécution du contrat”, *RDHC*, n. 3, 2011 –I. A–; artículo electrónico sin numeración de páginas. Para futuras referencias a este trabajo, con indicación de los números romanos y arábigos en los que se divide el texto].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts./ [...]

Así, la doctrina y la jurisprudencia francesas entienden que el acreedor de una obligación de hacer *tiene derecho* a obtener el cumplimiento específico, derecho cuyo *único presupuesto* es que la prestación *sea todavía posible*⁸⁷². Así lo ha afirmado la *Court de cassation* francesa, en forma relativamente recientemente: “*la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible*”⁸⁷³. Así, si el acreedor demanda el cumplimiento específico, *el juez debe condenar al deudor a ello*, aun cuando la condena al cumplimiento pudiera imponer una carga muy pesada sobre el deudor⁸⁷⁴. En síntesis, recogiendo las palabras de MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, “[à] rebours de la lettre de l'article 1142, mais en conformité avec l'article 1184 alinéa 2, le primat de l'exécution en nature s'affirme nettement en toute autre matière [...]”

⁸⁷² Los tribunales “exclut l'exécution forcée seulement lorsqu'elle s'avère impossible, pour des raisons matérielles, juridiques ou morales” [cfr. LEBOS, A., “Les obligations de faire à caractère personnel”, *RDHC*, n. 3, 2011, -2-; artículo electrónico sin numeración de páginas; futuras referencias a este trabajo, con indicación de los números arábigos en que se divide el texto). En el mismo sentido, véase FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, p. 649.

⁸⁷³ Cass. Civ. 3e, 11 mai 2005, n. 03-21136; destacado añadido. Reproduce la misma afirmación la Sentencia de la Cour de cassation, Chambre civile 1, 16 janvier 2007, n. 06-13983.

⁸⁷⁴ Cfr. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, p. 649. Para este autor, esa solución, adoptada por la *Court de cassation*, “a le grand mérite d'écarter les récentes théories prétendant que l'allocation de dommages-intérêts serait équivalente à une exécution en nature (v. en particulier la théorie américaine de l' *efficient breach of contract*)” [*ibíd.*, p. 649; cursivas del original].

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[c]haque fois que l'obligation de faire peut être exécutée, la condamnation en nature doit être ordonnée si elle est réclamée”⁸⁷⁵.

b) La idea de que el cumplimiento específico es el remedio preferente

[256] Siendo el cumplimiento específico un derecho del acreedor ¿puede decirse que éste sea el remedio *preferente* en caso de incumplimiento?

En relación con la preferencia del cumplimiento específico, *respecto de la resolución*, hay que considerar que el ya referido art. 1184 *Code civil* otorga al acreedor, en caso de incumplimiento (de un contrato bilateral) *una alternativa*: el acreedor puede exigir el cumplimiento, o puede demandar la resolución del contrato. *No obstante*, hay que tener presente que el respeto por el principio de la fuerza obligatoria del contrato ha llevado a una interpretación judicial que limita esa alternativa entre el cumplimiento y la resolución, *otorgando cierta preeminencia al primero de dichos remedios*. En este sentido, la resolución no sólo requiere un *incumplimiento grave*, sino que se ha entendido que *el deudor puede enervar la acción de resolución en todo momento, ofreciendo ejecutar el contrato*⁸⁷⁶. Adicionalmente, hay que

⁸⁷⁵ *Les Obligations*, p. 627.

⁸⁷⁶ Como explica MESTRE: “De même, ce souci [se refiere al principio de conservación o de protección del contrato] inspire une attitude judiciaire restrictive dans l'appréhension de la résolution du contrat. D'une part, la résolution judiciaire suppose une inexécution grave, et le débiteur peut à tout moment, même en cours de procédure, en éviter le prononcé par son offre d'exécution. D'autre part, si la clause

considerar que, demandada la resolución, *el juez puede otorgar un plazo al deudor para que cumpla* (así lo establece expresamente el art. 1184 III *Code civil*)⁸⁷⁷, facultad que también puede considerarse como una muestra de una cierta preferencia por el cumplimiento *in natura* del contrato.

No parece, en cambio, que pueda predicarse una clara preferencia por el cumplimiento específico de la obligación, *respecto de la alternativa de obtener una indemnización de daños*. En este sentido, se ha dicho, que si el cumplimiento específico *ya no interesa al acreedor*, el acreedor, aún siendo posible la ejecución, no demandará el cumplimiento específico, sino que demandará la indemnización de daños⁸⁷⁸. En la doctrina francesa, tal demanda de indemnización de daños se mira *no como un remedio autónomo*, sino que se le considera una forma de cumplimiento (que no es cumplimiento *in natura*, sino *en equivalente*)⁸⁷⁹.

résolutoire de plein droit est admise, encore faut-il que le créancier qui la met en oeuvre le fasse de bonne foi" [(2011) -II-].

⁸⁷⁷ Art. 1184 III *Code civil*: "*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances*".

⁸⁷⁸ "A supposer que cette exécution soit matériellement possible, il faut que le créancier y ait encore intérêt: si par le retard apporté à l'exécution est tel que le créancier s'est arrangé autrement (il avait besoin de chaises pour une réception organisée dans le huit hours du contrat; un mois après il n'en a plus besoin, même si le débiteur propose à présent de les lui livrer), celui-ci demandera l'allocation de dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi du fait de l'inexécution" [FABRE-MARGAN, *Droit des obligations*. p. 646].

⁸⁷⁹ En este sentido, como explican FAUVARQUE-COSSON/MAZEAUD, "[u]nder [...] French law the very notion of contractual responsibility is the subject of academic debate, which also affects the function of damages. Indeed, for a large number of academics, if a contracting party does not fulfill his obligation, the other party, having failed to obtain satisfaction after his formal demand, may request a substitute performance [...] what is customarily referred to as «réparation» (compensation), without too much

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

Conviene apuntar que, tratándose de *contratos con consumidores* (B2C) la preferencia por el remedio del cumplimiento específico frente a los demás remedios por el incumplimiento es clara. Ello, debido a la transposición de la Directiva 1999/44/CE. La trasposición de la mentada Directiva se hizo a través de la *Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur*. Las respectivas reglas se encuentran en el *Livre II (Conformité et sécurité des produits et des services)* del *Code de la consommation* (arts. L211-1 y ss.). La preferencia por la reparación y por la sustitución como remedios frente al incumplimiento del art. 3 Directiva 1999/44/CE se refleja en los arts. L211-9 y L211-10 *Code de la consommation* ⁸⁸⁰.

consideration, is in fact a method of performing the contract, probably different from what had originally been provided (by equivalent) and often deferred, but a method of performance nonetheless, or method of payment [...] from this approach, it can be deduced that the proof of damage is indifferent to the payment of damages (*European Private Law*, pp. 302-303). Pero se trata de un punto discutible, y de hecho, como los mismos autores destacan [u]nder positive law, therefore, in order for an obligor to be liable in contract, there is a requirement for a loss, causation, and a failure to perform attributable to the obligor. Moreover, it is the principle of total compensation which will apply and not only the indemnification for the performance which could reasonably be expected (*ibíd.*, p. 303).

⁸⁸⁰ El mentado art. L211-9 *Code de la consommation* dispone: “*En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien./ Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur*”. Por su parte, el art. L211-10 del mismo código, establece: “*Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix./ La même faculté lui est ouverte:/ 1° Si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 211-9 ne peut être mise en oeuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur;/ 2° Ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de*

c) La incidencia de la regulación procesal

[257] La referida interpretación restrictiva del art. 1142 *Code civil* (según la cual *no toda* obligación de hacer y de no hacer se resuelve en daños, sino sólo aquellas obligaciones que son de carácter “personal”) se aviene, además, con el reconocimiento al acreedor, desde el punto de vista procesal, de “un derecho a constreñir a su deudor, en las condiciones previstas por la ley, a ejecutar sus obligaciones” (art. L111-1 *Code des procédures civiles d'exécution*, en adelante CPCE)⁸⁸¹.

En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones de hacer puede en ciertos casos obtenerse de *forma directa*, como ocurre, por ejemplo, con la obligación de entrega o la de restitución de un bien, cuyo

l'usage qu'il recherche./ La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur”.

Conviene, en todo caso, tener presente que lo que el art. L211-3 *Code de la consommation* dispone: “*Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi*” [destacado añadido]. Y, según esas reglas del *Code civil*, el comprador, en el caso de que existan vicios redhibitorios –vices o défauts cachés– tiene una opción entre restituir el bien y obtener la restitución del precio, o conservar la cosa y obtener la restitución de parte del precio (art. 1644 *Code civil*). Ahora bien, esta opción, sin embargo, no la tiene el comprador de un inmueble que ha de construirse, pues si existen defectos en la construcción, se dice expresamente que “no habrá lugar a la resolución del contrato o a la disminución del precio si el vendedor se obliga a reparar” (art. 16412-1. II *Code civil*), lo que manifiesta una preferencia, en este último caso, por el cumplimiento *in natura* por sobre la resolución.

⁸⁸¹ Art. L111-1 CPCE: “*Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard./ [...]*”.

El CPCE fue creado por la *Ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution*, y entró en vigor el 1 de junio de 2012. Con anterioridad, la transcrita regla del art. L111 se hallaba en el art. 1 *Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution*.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

cumplimiento puede obtenerse mediante el apoderamiento o el embargo (muebles) o mediante la expulsión (inmuebles)⁸⁸². En otros casos, el cumplimiento de la obligación de hacer puede obtenerse mediante el recurso a *vías de coacción indirecta* (es decir, medidas que tienen por objeto vencer la resistencia del deudor, para que cumpla con la obligación debida), la principal de las cuales es la conocida *astreinte*⁸⁸³.

⁸⁸² Sobre este punto, MALAURIE/AYNÈS/ STOFFEL-MUNCK sostienen que “en realidad, es imposible hacer ejecutar por la fuerza pública una obligación de hacer”, y que “solamente cuando se ha violado el derecho de propiedad del acreedor, la ejecución se puede imponer al deudor por la fuerza: embargo de un bien mueble que el deudor debe entregar o restituir; o la expulsión o evacuación de un inmueble” [cfr. *Les Obligations*, p. 624].

Esa posibilidad de una *ejecución directa*, por las vías descritas, esta admitida, para el caso de los bienes muebles, en el art. L222-1 CPCE: “*L’huissier de justice chargé de l’exécution fait appréhender les meubles que le débiteur est tenu de livrer ou de restituer au créancier en vertu d’un titre exécutoire, sauf si le débiteur s’offre à en effectuer le transport à ses frais./ [...]*”. Y, para el caso de los inmuebles, en el art. L411-1 CPCE: “*Sauf disposition spéciale, l’expulsion ou l’évacuation d’un immeuble ou d’un lieu habité ne peut être poursuivie qu’en vertu d’une décision de justice ou d’un procès-verbal de conciliation exécutoire et après signification d’un commandement d’avoir à libérer les locaux*”.

⁸⁸³ Como es sabido, la *astreinte* consiste, básicamente, en la imposición de una condena pecuniaria, que es accesoria a la condena principal, y que está dirigida a vencer la resistencia del deudor recalcitrante: por lo mismo, y para ser efectiva, no se extingue, y va en aumento, mientras no se cumpla con la obligación. La suma de dinero va en beneficio del acreedor, pero no es una reparación del daño (véase, por ejemplo, FABRE-MARGAN, *Droit des obligations*, p. 650).

Conviene recordar que la *astreinte* es una medida que fue creada por los tribunales franceses, a comienzos del siglo XVIII. CROISSANT afirma que la *astreinte* era completamente desconocida en el *ancien droit*, aunque existieron ciertas prácticas que pudieron inspirar a la jurisprudencia francesa, que podrían considerarse como las fuentes lejanas (CROISSANT, E., *Des astreintes*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1898, pp. 130-131). En sus comienzos, y por mucho tiempo, el uso de la *astreinte* fue una cuestión muy discutida por la doctrina, debido a que no tenía base legal [sobre el punto véase, por ejemplo, JOSSEAND, *Cours de droit civil*, t. 2, p. 376; con una breve exposición de los argumentos que se daban para justificar esa posición].

Sin embargo –y como se ha dicho, en sintonía con la interpretación restrictiva del art. 1142 *Code civil*– tratándose de *obligaciones de hacer de carácter personalísimo*, se entiende que no es posible compeler al deudor para que éste cumpla, ni a través de vías directas ⁸⁸⁴, ni a través de la vía indirecta que supone la *astreinte*. Y ello, permite poner en duda el “derecho” del acreedor a obtener la ejecución forzada ⁸⁸⁵.

Como medida de apremio en los procedimientos de ejecución civiles, la *astreinte* adquirió carta de naturaleza en el año 1972, en virtud de la *Loi n. 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative a la reforme de la procedure civile*; que la regulaba en su Título II (*De l'astreinte en matière civile*; arts. 5 a 8). Esa regulación fue recogida, con algunas modificaciones, en la *Loi n. 91-650* de 1991 (art. 33 y ss.) y por el *Décret du 31 juillet 1992* (arts. 51 a 53). Desde el año 2012, la *astreinte* se encuentra regulada en el Capítulo único del Título III del Libro I del CPCE (Título que se denomina: “*La prevention des difficultés d'exécution*”), arts. L131-1 y ss. CPCE.

⁸⁸⁴ Las vías de ejecución *sobre la persona del deudor* fueron abandonadas por el Derecho francés, al menos en materia civil y mercantil, en la segunda mitad del siglo XIX, por la *Loi du 22 Juillet 1867, relative a la contrainte par corps*, y desde entonces, las únicas vías de ejecución operan sobre los bienes: la amenaza de embargo y venta (*cfr.* JOSSERAND, *Cours de droit civil* t. 2, p. 368); no obstante, los tribunales admitieron el uso de la fuerza, por ejemplo, para obligar a la mujer casada a vivir en el hogar común con su marido, hasta bien entrado el siglo XX (*ibíd.*, p. 372).

⁸⁸⁵ En este sentido, LÉBOIS (2011) –8– y ss. El autor sostiene que la interpretación de los tribunales sobre qué ha de entenderse por “carácter personal” es muy amplia. Por ejemplo, señala que la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que no es posible esta coacción indirecta en el contrato que tiene por objeto la realización de una “*œuvre de l'esprit*” (una obra intelectual o artística), porque el uso de medidas de coacción, incluso indirectas, sería contrario a la libertad personal. Según LÉBOIS, sería mejor distinguir, a estos efectos, tres obligaciones: la de “crear” la obra, la de “terminarla” y la de entregarla. En las dos primeras, el autor cree que debería admitirse el uso de la *astreinte*, puesto que, al firmar el contrato, el propio deudor ha renunciado a su “libertad de creación”; en el tercer caso, se debe excluir la *astreinte*, porque la entrega de la obra implica su “difusión”, sobre lo cual el creador tiene un derecho que debe ser protegido. LÉBOIS, señala y discute otros casos en los que se excluye el recurso a la *astreinte* debido al carácter “personal” de la obligación, para terminar concluyendo que “solo una aproximación muy restrictiva a las obligaciones personales respeta el derecho del acreedor a obtener una ejecución *in natura* [...] [I]a Corte de Casación no ha, sin embargo, adoptado este punto de vista” (*cfr. ibíd.*, –15–).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[258] *En síntesis.* La conclusión que a primera vista parece desprenderse de la lectura del art. 1142 *Code civil* (la de que no es posible el cumplimiento específico en las obligaciones de hacer y de no hacer), requiere ser matizada en varios sentidos. *Por una parte*, porque muy tempranamente la doctrina francesa hizo una interpretación restringida del art. 1142 *Code civil*, entendiéndolo aplicable únicamente a las obligaciones de carácter personalísimo. *Por otro lado*, porque el propio *Code civil* contempla, en sus arts. 1143 y 1144, unas determinadas vías de ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer, que, desde cierto punto de vista, pueden considerarse como vías de ejecución *in natura*. Así, se entiende que, siendo el cumplimiento posible, el acreedor de una obligación de hacer tiene, como principio o regla, *derecho a obtener el cumplimiento específico (exécution en nature)*.

Finalmente, desde la perspectiva procesal, y en sintonía con lo dicho, la descripción del sistema de remedios supone una distinción al interior de las obligaciones *de hacer*, entre aquellas que tienen un carácter personalísimo de las que no lo tienen. En las obligaciones de hacer de carácter personalísimo, no es posible forzar la ejecución ni por vías directas ni indirectas. En las obligaciones que no tienen dicho carácter personalísimo, el cumplimiento específico es posible, en algunos casos de forma directa, en otros, mediante el recurso a vías indirectas de coacción (y ello, sin perjuicio de la posibilidad del cumplimiento por sustitución).

[259] Un *último comentario*, a modo de conclusión de esta breve aproximación al Derecho francés. Como es sabido, la idea de una reforma del *Code civil*, en materia de Derecho de obligaciones y

contratos, se ha instalado con fuerza en Francia en los últimos años. Hasta ahora, se han presentado las siguientes tres propuestas: el “*Avant-projet Catalá*” (elaborado por un grupo de académicos, y presentada en septiembre de 2005) ⁸⁸⁶; el “*Avant-projet Chancellerie*” (elaborado por el Ministerio de Justicia, y presentada en julio de 2008, pero con varias versiones posteriores) ⁸⁸⁷, y el llamado “*Avant-projet Terré*” (elaborado por un grupo de académicos, a partir del análisis de la primera propuesta de la *Chancellerie*, en el año 2009) ⁸⁸⁸. Lógicamente, no es este el lugar adecuado para un estudio detallado de estos anteproyectos ⁸⁸⁹. Simplemente me interesa destacar que, en todos

⁸⁸⁶ El texto completo está disponible en francés, y también en español, en: <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/droit-des-obligations-et-droit-de-la-prescription-11944.html>.

⁸⁸⁷ El texto completo de la versión original, puede descargar en el siguiente enlace: http://www.chairejlb.ca/pdf/reforme_all.pdf.

⁸⁸⁸ Aunque se trata de observaciones al *Avant-projet Chancellerie*, hoy se considera una propuesta distinta. El nombre con que se conoce esta propuesta se debe al profesor que coordinó dichos trabajos: TERRÉ, F. (coord.), *Pour une réforme du Droit des contrats*, Dalloz, Paris, 2008.

⁸⁸⁹ Una presentación general del *Avant-projet Catalá* en FAUVARQUE-COSSON, B./MAZEAUD, D., “L’avant-projet français de réforme de droit des obligations et du droit de la prescription”, *ULR*, n. 11, 2006, pp. 103-134; y en español, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción”, *ADC*, n. 60, 2007 (2), pp. 621-848. Aspectos particulares de la propuesta, analizados con una mayor profundidad, se recogen en los trabajos que se recogen en CARTWRIGHT, J./VOGENAUER, S./WHITTAKER, S. (eds.), *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription (“the Avant-projet Catalá”)*, Hart Publishing, 2009, que incorporan una perspectiva de Derecho comparado con el Derecho inglés. También desde la perspectiva del Derecho comparado, en este caso con el Derecho alemán, véase LORENZ, S., “La responsabilité contractuelle dans l’avant-projet: un point de vue allemand”, *RDC*, 2007 (1), pp. 57-63. Para un estudio sobre la forma en que se regula el régimen de resolución, véase ROCHFELD, J. “La proposition de réforme des sanctions de l’inexécution du contrat dans l’Avant-projet de réforme du Code civil français et l’influence européenne”, en SCHULZE, R. (edit.), *New Features in contract law*, Selier, 2007, pp. 197-211.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

ellos, se reconoce, y en cierta medida, se fortalece, la preferencia por el cumplimiento específico del contrato.

i. El art. 1154 del *Avant-projet Catalá* reformula el art. 1142 *Code civil*, en estos términos:

“L’obligation de faire s’exécute si possible en nature.

Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel.

*En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur./ A défaut d’exécution en nature, l’obligation de faire se résout en dommages-intérêts.”*⁸⁹⁰.

ii. Por su parte, el art. 162 del *Avant-projet Chancellerie* (art. 137 de la versión de mayo de 2009) señala:

Para una exposición general del *Avant-projet Chancellerie*, véase PICOD (2009); y MAZEUD, D. “La réforme du droit français des contrats”, *RJT*, n. 44, 2010, pp. 243-257.

Y para una presentación general del *Avant-projet Chancellerie*, y del *Avant-Projet Terré*, véanse los trabajos a partir de los cuales esta última propuesta se articula, y que fueron editados por TERRÉ (libro referido en la nota anterior).

⁸⁹⁰ Debido a lo dispuesto en este artículo, se ha dicho, que en el *Avant-projet Catalá* “se establece claramente el rol primario que la ejecución está llamada a jugar en relación con las obligaciones de hacer” [cfr. MILLER (2009) p. 143], y que los redactores “han elevado el cumplimiento en especie al nivel de un principio, que cede sólo en caso de imposibilidad o del carácter claramente personal de la obligación” [cfr. LAITHIER, Y.-M., The Enforcement of Contractual Obligations: A french perspective”, en CARTWRIGHT, J./VOGENAUER, S./WHITTAKER, S. (eds.) *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription («the Avant-projet Catalá»)*, Hart Publishing, 2009, pp. 131-132.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

“Le créancier de une obligation de faire peut en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou si son coût est déraisonnable.

A défaut d'exécution forcée en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts” [destacado añadido]⁸⁹¹.

iii. Por último, el art. 105 del *Avant-projet Terré*, también reformula el art. 1142 *Code civil*. Tal como el *Avant-projet Chancellerie*, esta propuesta introduce también el criterio del “costo” de la prestación como límite al cumplimiento específico, aunque lo hace en otros términos:

“Le créancier peut, après mise en demeure du débiteur, exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est possible et que son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt que le créancier en retire”.

3. UNA BREVE MIRADA A OTROS ORDENAMIENTOS CONTINENTALES

[260] Además de lo que se ha dicho en relación con los Derechos alemán y francés, una breve mirada a algunos otros ordenamientos continentales permite aventurar que la idea generalizada de que en los ordenamientos de Derecho continental el cumplimiento específico es un

⁸⁹¹ Como puede observar, también en esta propuesta el cumplimiento específico “se afirma como una prioridad”[cfr. PICOD (2009) p. 9]. No obstante, nótese que se introduce un *nuevo límite* al cumplimiento, basado en el hecho de que la ejecución suponga un “costo manifiestamente irrazonable”, límite inexistente en el *Avant-projet Catalá* [sobre ello, véase ROWAN, S. “Le coût manifestement déraisonnable, nouvelle limite à l'exécution forcée en nature”, *RDA*, n. 1, 2010, pp. 81-84, quien sostiene que, entre las críticas a esta redacción –que no comparte– es que la expresión “manifiestamente irrazonable” es una expresión demasiado vaga].

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

derecho del acreedor, es una afirmación que puede tenerse por fundada. El que esto sea así puede deberse –además del hecho de que los ordenamientos continentales comparten una misma tradición jurídica– a las influencias que pueden reconocerse entre los distintos ordenamientos; y en este sentido, la influencia que ejerció el *Code civil français* es, posiblemente, la de mayor significación, al menos desde una perspectiva histórica.

[261] Los códigos civiles de *Bélgica* y de *Luxemburgo* reproducen, con la misma numeración, los art. 1142 a 1144 *Code civil*, de forma que, al menos a nivel de derecho positivo, la solución adoptada en estos dos ordenamientos es idéntica a la del Derecho francés ⁸⁹².

Sin embargo, ello no quiere decir que la interpretación que de dichos artículos se hace sea idéntica. En este sentido, cabe destacar que los tribunales belgas, por ejemplo, *admiten la posibilidad de condenar al deudor al cumplimiento de un hacer personalísimo*, y limitan la aplicación del *nemo potest praecise cogi ad factum* a la fase de ejecución ⁸⁹³. Por ello, explica WÉRY, se entiende que los arts. 1143 y 1144 CC belga contemplan vías de ejecución forzosa *in natura*, vías que hoy se consideran como un “derecho” del acreedor (y no, como se entendió durante todo el siglo XIX, como una mera posibilidad, a criterio del juez). Ahora bien, el propio WÉRY advierte que el derecho a que se condene al deudor al cumplimiento específico no es un derecho absoluto, pues el juez

⁸⁹² Sobre la recepción del *Code civil français* en estos países, valga lo dicho *supra* nota 89.

⁸⁹³ Cfr. WÉRY, P., *Droits des obligations. v. 1: théorie générale du contrat*, Éditions Larcier, Bruxelles, 2010, p. 441-443).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

puede denegar la pretensión si existe *abuso* por parte del acreedor, o bien, si la ejecución *resultare muy compleja o costosa* ⁸⁹⁴.

[262] El *Código civil holandés* de 1838 también recibió, como es sabido, una importante influencia del *Code civil français*. En este código, los efectos de las *obligaciones de hacer y de no hacer* se encontraban regulados en los arts. 1275 a 1278, cuyo contenido era similar a lo dispuesto en los arts. 1142 a 1144 *Code civil* ⁸⁹⁵. Pero, tal como ocurrió en Francia, la doctrina holandesa entendió que el ordenamiento jurídico reconocía, como principio, el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico, con fundamento en el art. 1374 (1) BW de 1838, que, se entendía, proveía una *base normativa explícita* para afirmar tal derecho ⁸⁹⁶. Hoy, vigente el BW de 1992, se sigue afirmando

⁸⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 454-458. Para un estudio particular del remedio del cumplimiento específico en el Derecho belga, véase WÉRY, P., "Specific Performance in Belgian Law" en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 31-45 (trabajo en el que al autor ofrece, al final, una comparación del Derecho belga con la solución adoptada en los PECL).

⁸⁹⁵ Art. 1275 BW de 1838: "*Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve en indemnización de perjuicios, en caso de inejecución por parte del deudor*"; art. 1276 BW de 1838: "*Sin embargo, el acreedor tiene derecho a demandar que aquello que haya sido en contravención del contrato sea destruido, y se puede hacerse autorizar por la justicia a destruirlo a expensas del deudor, sin perjuicio de los daños e intereses*"; art. 1277 BW de 1838: "*El acreedor puede también, en caso de inejecución de la obligación, ser autorizado para ejecutar el mismo la obligación, a expensas del deudor*"; art. 1278 BW de 1838: "*Si la obligación es de no hacer, aquél que la haya contravenido debe la indemnización de daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención*" [trad. propia, a partir del texto en francés de HAANEHRICK, P., *Code civil néerlandais*, Bruxelles/Paris, 1921].

⁸⁹⁶ Así lo exponen HAAS, D./JANSEN, C., "Specific performance in Dutch Law" en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 15, nota 14. El art. 1374 (1) BW de 1838 establecía: "*Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho*" (trad. propia, a partir de HAANEHRICK, *Code civil néerlandais*).

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

que *el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico*, y además se sugiere que resulta posible afirmar que el cumplimiento específico es el *remedio preferente*, todo ello, con base en el principio *pacta sunt servanda*⁸⁹⁷.

Se considera que la regla básica en esta materia es el art. 3:296 (1) BW (*“El juez, a petición del acreedor de la obligación, condenará a aquel que se haya obligado con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa a ejecutar dicha obligación, a menos que otra cosa resulte de lo establecido en la ley, de la naturaleza de la obligación o de un acto jurídico”*)⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ En este sentido, HAAS/JANSEN explican: “[t]he primary position of specific performance in the Dutch legal system of contract remedies can first of all be demonstrated by the fact that, in comparison with damages and termination, only few conditions have to be met in order to allow the creditor to resort to specific performance. By the same token, the debtor can hardly raise any defences when confronted with a specific performance claim [...]. Dutch law promotes specific performance claims in the sense that the creditor will generally not be allowed to claim damages or terminate the contract, unless he has granted the debtor an additional period of time for performance by giving notice [...]. Apparently, the primary position of specific performance can be ascribed to the maxim *pacta sunt servanda*, being one of the leading principles of Dutch contract law” [HAAS/JANSEN, (2008) pp. 11-12; y también véanse las pp. 12-13, en las que los autores profundizan sobre la idea de que el cumplimiento específico aparece como el remedio preferente].

⁸⁹⁸ Trad. propia, a partir de WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I., *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009.

En opinión de HAAS, del tenor de este artículo 3:296 (1) BW, y de su ubicación [en el Libro 3 del BW (Parte general del Derecho patrimonial)] resulta claro que aquí no está otorgando un derecho sustantivo al cumplimiento específico, sino que únicamente reconoce un derecho procesal (el derecho a exigir el cumplimiento de un derecho que se supone se tiene, y que puede ser contractual, extracontractual o propietario). Ello, sumado al hecho de que *no exista una regla que reconozca el derecho al cumplimiento específico en el Libro 6 del BW* (Parte general del Derecho de obligaciones), permite afirmar que, en el BW de 1992, a diferencia de lo que ocurría en el BW de 1838, *el remedio del cumplimiento específico en caso de incumplimiento contractual carece de base normativa*. El autor, sin embargo, señala que en el Libro 7 (De los contratos en particular) hay algunas reglas que reconocen un derecho sustantivo del acreedor a

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Como explican HAAS/JANSEN, en virtud de lo dispuesto en el art. 3:296 (1) BW, el cumplimiento específico *queda excluido en tres grupos de casos*. El primero, en virtud de lo establecido en la ley, o sea, en virtud de lo dispuesto en diversos artículos del propio BW [por ejemplo, puede quedar excluido por aplicación de las reglas sobre prescripción (art. 3:307 BW) ⁸⁹⁹; o porque el acreedor no ha notificado oportunamente al deudor de la falta de conformidad de la prestación ejecutada (art. 6:89 BW) ⁹⁰⁰; o porque el acreedor ha abusado de su derecho al exigir el cumplimiento específico (art. 3:13 BW) ⁹⁰¹]. En otros casos, *es la naturaleza de la obligación la que opera como límite al cumplimiento específico*, como ocurre, por ejemplo, en los casos en los que *la obligación tiene un carácter exclusivamente personal* (personalísima) ⁹⁰². Finalmente, el último

exigir el cumplimiento específico, respecto de ciertos contratos específicos [HAAS, D., “Searching for a basis of specific performance in the Dutch civil code”, en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010 especialmente, pp. 168-169].

⁸⁹⁹ Art. 3:307 BW: “1. La acción para exigir la ejecución de una obligación contractual de dar o de hacer prescribe a los cinco años contados desde el comienzo del día siguiente a aquél en el que la obligación se ha vuelto exigible./ [...]” [trad. propia, a partir de WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I., *The Civil Code of the Netherlands*].

⁹⁰⁰ Art. 6:89 BW: “El acreedor no puede invocar el hecho de que la prestación se haya realizado de forma defectuosa si no ha protestado por ello al deudor inmediatamente después de haber descubierto o desde que hubiera podido razonablemente descubrir el defecto” [trad. propia, a partir de WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I., *The Civil Code of the Netherlands*].

⁹⁰¹ Art. 3:13 BW: “1. El titular de un derecho (o facultad) no puede ejercitarlo en la medida que su ejercicio constituya un abuso./ 2. Es abuso del derecho, entre otros casos, el que se ejercita con la sola finalidad de dañar a otro o con una finalidad distinta de aquella para la cual fue otorgado, o cuando, dada la desproporción entre el interés en ejercitarlo y el daño causado por su ejercicio, el titular no hubiera podido normalmente llegar a la decisión de ejercitarlo. 3. La naturaleza del derecho puede ser tal que no sea susceptible de abuso” [trad. propia, a partir de WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I., *The Civil Code of the Netherlands*].

⁹⁰² “According to Article 3:296 para 1 CC, restrictions on the right to claim specific performance can further arise from the nature of the debtor’s obligation. This will for

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

supuesto que contempla el art. 3:296 (1) BW es que el cumplimiento específico esté excluido por un “acto jurídico”, lo que se interpreta en el sentido de que las partes pueden, *por regla general*, excluir el derecho al cumplimiento específico (no así en los contratos B2C)⁹⁰³. Además de estas limitaciones referidas en el art. 3:296 (1) BW, los tribunales han ido admitiendo otros límites al cumplimiento específico, lo que otorga *un cierto carácter discrecional al remedio*⁹⁰⁴.

[263] El *Código civil italiano* de 1865, pese a la influencia del *Code civil*, no contemplaba una regla similar a la del art. 1142 *Code civil*, sino una regla general según la cual “[c]hi ha contratto un’obbligazione, è

instance be the case when performance of the obligation is of an exclusively personal character. In parliamentary history mention is made of the example of an author who enters into a contract with a publisher. In the event that the author fails to perform his obligation to accomplish the work promised, the publisher will have to resort to damages or termination, given that the obligation can only be performed by the author in person. The exception illustrated in the example above will not be applicable, however, when the work has already been accomplished by the author. In that case the purport of allowing the claim will no longer be the actual performance of an obligation that is of an exclusively personal character. Hence the author can be ordered to hand over the accomplished work to the publisher” [HAAS/JANSEN (2008) p. 16].

⁹⁰³ *Ibíd.*, p. 17.

⁹⁰⁴ Señalan HAAS/JANSEN que uno de estos límites jurisprudenciales al cumplimiento es la *imposibilidad de la prestación*, en el sentido de que esa noción se interpreta de forma amplia, incluyendo la *imposibilidad económica* (que sea muy costoso el cumplimiento) y la *imposibilidad moral* (que, por ejemplo, se ponga en peligro la vida o salud del deudor). Otro límite, recientemente reconocido por el Tribunal Supremo de Holanda, es que el tribunal tiene un *poder discrecional* para rechazar la demanda de cumplimiento específico, sobre la base de ponderar *los intereses de las partes* [(2008) pp. 17-20].

Sobre el derecho al cumplimiento específico y sus excepciones en el Derecho holandés, véase también LOOS, M., “Right to performance” [Chapter 9. Section 1] en BUSCH, D./HONDIUS, E. H./VAN KOOTEN, H./SCHELHASS, H. N./SCHARAMA, W. (eds) *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A commentary*, Ars Aequi Libri/Kluwer Law international, Nijmegen/The Hague/London/New York, 2002, pp. 347-358.

tenuto ad adempierla esattamente e in mancanza al risarcimento dei danni” (art. 1218). No obstante, tratándose de *obligaciones de hacer*, el art. 1220 CC italiano de 1865 establecía una regla similar a la del art. 1144 *Code civil* (“*non essendo adempiuta l’obbligazione di fare, il creditore può essere autorizzato a farla adempire egli stesso a spese del debitore*”). Hoy, esa regla relativa al cumplimiento de las obligaciones de hacer se recoge, en términos similares, en el art. 2931 CC italiano de 1942 (“*Se non è adempiuto un obbligo di fare, l’avente diritto può ottenere che esso sia eseguito a spese dell’obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile*”). Como puede apreciarse, se admite el derecho del acreedor de una obligación de hacer (se supone, fungible) a que dicha obligación se realice a expensas del deudor, remitiéndose el Código civil a la legislación procesal para determinar la forma de esa ejecución⁹⁰⁵.

⁹⁰⁵ Pese a que la regla del art 2931 CC italiano es similar a la que contenía el art. 1120 CC italiano de 1865, *hay una diferencia en la redacción*: el Código civil de 1865 establecía que el deudor “podía ser autorizado” para hacer cumplir la prestación, en cambio, hoy se dispone que “puede obtener que se ejecute la prestación, en la forma establecida en el código de procedimiento civil”. Es por esta razón que la doctrina italiana entiende que el art. 2913 CC italiano de 1942 supone *un cambio relevante* en relación con el Derecho anterior, en cuanto reemplaza un sistema que podría denominarse de “autotutela controlada” (el acreedor solicita al juez una autorización para ejecutar la prestación) por un sistema de ejecución forzosa, además *in natura*, que es de naturaleza jurisdiccional (la ejecución de la obligación de hacer se obtiene en conformidad a las reglas del Código de procedimiento civil). Sobre este artículo y su interpretación, véase, por ejemplo, VULLO, E., “Art. 2931. Esecuzione forzata degli obblighi di fare” en CENDON, P. (coord.) *Commentario al codice civile. Tutela giurisdizionale. Esecuzione forzata. Prescrizione e decadenza (artt. 2907-2969)*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 337-352, y sobre lo dicho, especialmente p. 339; y en el mismo sentido, ROSELLI, F., “Art. 2931. Esecuzione forzata degli obblighi di fare”, en RUPERTO, C. (dir.), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro VI: Della tutela dei diritti* (a cura di Roselli, F.), Giuffrè Editore, Milano, 2011, pp. 268-273 (y en particular, sobre el hecho de que el art. 2931 CC italiano supone una

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[264] En relación con el *Derecho suizo*, BUCHER explica que el antiguo Código de Obligaciones de Suiza de 1881 (que entró en vigor en 1883) seguía al *Code civil français*, en el sentido de que todas las obligaciones *de hacer* y *de no hacer* se convertían en obligaciones de indemnizar⁹⁰⁶. Pero –continúa explicando el mismo autor– por influencia del BGB, el Código de Obligaciones de 1911 modificó este estado de cosas, permitiendo, por regla general, la posibilidad de obtener el cumplimiento específico de las obligaciones de hacer y de no hacer. Y de ahí que hoy pueda afirmarse el derecho del acreedor al cumplimiento específico, como regla general. Sin embargo, sigue explicando el autor, ello es así tratándose sobre todo de obligaciones de dar y de no hacer, pues *el cumplimiento específico no está disponible tratándose de obligaciones contractuales consistentes en prestar servicios, u otras similares*⁹⁰⁷. Por otro lado, se ha destacado, que el

“*esclusione dell'autotutela*”, en relación con la regla que contenía el código anterior, p. 268).

Las normas procesales que regulan la ejecución de las obligaciones de hacer y de no hacer, a las que se remite el art. 2931 CC italiano, son las que se contienen en los arts. 612 y ss. del *Codice di Procedura Civile*. Las reglas de los arts. 612 a 614 suponen que la obligación de hacer es fungible (o sea, que la ejecución de la prestación no requiere la colaboración del deudor, y que, por lo mismo, puede ser sustituido). El art. 614 bis, que fue incorporado reforma del año 2009, se reconoce la posibilidad de aplicar multas coercitivas tratándose de obligaciones de hacer infungibles (sobre esto último, *infra* nota 921).

⁹⁰⁶ “The Swiss Code of 1881 followed the French example, exchanging specific performance of obligations to do (or refrain from doing) something; but the Reform of 1911 abolished it and introduced, under the influence of German law (and to the regret of this writer), said possibility of specific performance [BUCHER, E., “Chapter 8: Law of contracts”, en DESSEMONTET, F./ANSAY, T. (edits.) *Introduction to Swiss Law*, 3.^a ed., Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 120].

⁹⁰⁷ “Unlike the Common Law tradition Swiss law as a general rule that enables the creditor to claim specific performance of the contract. Said principle has some limited relevance in contracts for the transfer of property and contracts preventing a party

hecho de que en el Derecho contractual suizo se admita, como regla general, un derecho al cumplimiento específico no quiere decir que este remedio sea muy usual en la práctica⁹⁰⁸.

[265] La existencia de un derecho del acreedor al cumplimiento específico se afirma también, como regla general, en relación con los derechos *nórdicos o escandinavos*⁹⁰⁹. Así, por ejemplo, en el *Derecho danés*⁹¹⁰ y en el *Derecho finlandés*⁹¹¹.

from doing something (e.g. competing in a specified field). However, specific performance is not available in contracts positively obliging a party to do something such as to render a service or the like" [BUCHER (2004) pp. 119-120]]. Conviene apuntar que los efectos de las obligaciones de hacer y de no hacer se regulan en un mismo artículo, el art. 98 CO: "*S'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut se faire autoriser à l'exécution aux frais du débiteur; toute action en dommages-intérêts demeure réservée./ Celui qui contrevient à une obligation de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention./ Le créancier a, en outre, le droit d'exiger que ce qui a été fait en contravention de l'engagement soit supprimé; il peut se faire autoriser à opérer cette suppression aux frais du débiteur*".

⁹⁰⁸ En este sentido, DOMEJ/SCHMIDT afirman: "[i]n practice, actions for specific performance are not very common, as it is generally less cumbersome for the creditor to withdraw from the contract after the expiry of the time-limit under Article 107(2) *Obligationenrecht*, to obtain the goods or services somewhere else and to sue the debtor for any damages caused by this. Therefore, the creditor will usuassly only sue for specific performance in cases where only the debtor themslves can provide the goods or services in question" [DOMEJ, T./SCHMIDT, C., "Contract Formation and Non-performance in Swiss Law", en SCHULZE, R. (coord.) *The law of obligations in Europe. A new waves of codifications*, Sellier, München, 2013, p. 291]. Del art 107 CO se desprende, como señalan los autores, que por regla general es necesario *fixar un plazo* para que el deudor cumpla, y solo una vez transcurrido dicho plazo infructuosamente, es posible acceder a los remedios de la resolución y de la indemnización de daños [*"Lorsque, dans un contrat bilatéral, l'une des parties est en demeure, l'autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l'autorité compétente un délai convenable pour s'exécuter./ Si l'exécution n'est pas intervenue à l'expiration de ce délai, le droit de la demander et d'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat"*].

⁹⁰⁹ Hay que admitir, desde luego, las dificultades que existen para considerar los Derechos nórdicos o escandinavos dentro de la familia del Derecho continental. Pero sigo aquí la opinión de ZWEIGERT/KÖTZ, para quienes tal inclusión es posible y correcta,

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

[266] Fuera del ámbito europeo, el Código civil de *Bas-Canadá* se inclinaba, como el francés, por dar preeminencia al remedio de daños sobre el cumplimiento específico del contrato en caso de obligaciones de hacer y de no hacer; y de ahí que, en general, los tribunales hayan sido reacios a admitir la ejecución *in natura* de las obligaciones contractuales⁹¹². Aunque este estado de cosas cambió, al menos

aunque indudablemente, el Derecho escandinavo –por sus particularidades– debe considerarse como una subfamilia dentro del Derecho continental, al lado de la familia romanística y la germánica. Estos autores utilizan la expresión “escandinavo” como sinónimo de “nórdico”, lo que permite incluir también países que no forman parte de Escandinavia en sentido geográfico, como ocurre con Dinamarca (*cfr. An introduction*, p. 276 y ss.).

⁹¹⁰ NIELSEN, R, *Contract law in Denmark*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 173-174. En el mismo sentido, LANDO/ROSE, quienes afirman, además, que el estudio de la práctica jurisprudencial permite concluir que las partes rara vez buscan el cumplimiento específico, y que las cortes son mucho más reticentes a concederlo. Entre los casos excepcionales en los que se concede el cumplimiento específico, explican los autores, se cuenta el derecho del comprador, en un contrato de consumo, a exigir al vendedor que subsane el defecto. Otro caso en los que se ha pedido y concedido el cumplimiento específico lo constituyen los contratos de construcción, pero en estos casos, entienden los autores que se trata de supuestos en los que ambas partes preferirían el cumplimiento específico, frente a la posibilidad de que se realice una operación de reemplazo [(2004), especialmente, pp. 475-477]. El derecho a subsanar el defecto (reparación o sustitución) se presenta –recogiendo el sistema del art. 3 de la Directiva 1999/44/CE– como la vía preferente de satisfacción del comprador, en el sentido de que, si es posible la reparación o la sustitución dentro de un tiempo razonable y sin mayores inconvenientes, el comprador no puede reducir el precio ni resolver el contrato (*cfr. NIELSEN, Contract law in Denmark*, p. 175; con indicación de que así se recoge en la s. 78 de la *Danish Sales of Goods Act*).

⁹¹¹ *Cfr. ZALESIŃSKA, A., “Civil contracts in Finnish legal systems with special consideration of electronic contracts” en SADOWSKI, M. et al. (edits.) Studia Erasmiana Wratislaviensia. Acta Studentium 2, Wroclaw, 2009, pp. 263-264; quien afirma que puede sostenerse este principio, pese a que no existe propiamente una base normativa para afirmar este derecho, pues en el Derecho finlandés, los principios generales del Derecho privado permanecen sin codificar.*

⁹¹² Así lo explica VLAVIANOS, G., “Specific Performance in the Civil Law: Mediating Between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French *Astreinte* and the Québec *Injunction*”, *RGD*, v. 24, 1993, p. 540 y ss. El CC de *Bas-Canadá* efectivamente parecía considerar como la primera consecuencia del incumplimiento la indemnización de daños (si bien la fórmula empleada resulta

teóricamente, con la entrada en vigor del Código civil de Quebec (en cuanto éste contempla expresamente la posibilidad del acreedor de demandar el cumplimiento específico, art. 1590)⁹¹³, *se afirma que los tribunales siguen siendo reacios a conceder el cumplimiento específico, sobre todo cuando se trata de obligaciones de hacer*, ya que se entiende que se trata de un remedio que ha sido tomado del *Common Law*, y por

menos categórica que la del art. 1142 del *Code civil français*, sin duda, recogiendo la interpretación de la doctrina francesa). Su art. 1065 disponía: “*Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même, et l'autorisation de la faire exécuter aux dépens du débiteur, ou la résolution du contrat d'oii nait l'obligation; sauf les exceptions contenues dans ce code et sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas*”.

En todo caso, como afirma el propio VLAIVANO se introdujo la posibilidad de decretar una *injunction*, como una vía para obtener el cumplimiento específico de estas obligaciones de hacer y de no hacer (*ibíd.*). La *injunction* está hoy reconocida en el *Code de procedure civil* de Quebec (arts. 751-761) y se define en estos términos: “*L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit*” (art. 751). La contravención de dicha orden puede implicar la aplicación de multas y arresto, la destrucción de lo hecho en contravención, y todo ello sin perjuicio de ser responsable de los daños y perjuicios [art. 761: “*Toute personne nommée ou désignée dans une ordonnance d'injonction, qui la transgresse ou refuse d'y obéir, de même que toute personne non désignée qui y contrevient sciemment, se rendent coupables d'outrage au tribunal et peuvent être condamnées à une amende n'excédant pas 50 000 \$, avec ou sans emprisonnement pour une durée d'au plus un an, et sans préjudice à tous recours en dommages-intérêts. Ces pénalités peuvent être infligées derechef jusqu'à ce que le contrevenant se soit conformé à l'injonction./ Le tribunal peut également ordonner que ce qui a été fait en contravention à l'injonction soit détruit ou enlevé, s'il y a lieu*”].

⁹¹³ Art. 1590 CC Quebec: “*L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard./ Lorsque le débiteur, sans justification, n'exécute pas son obligation et qu'il est en demeure, le créancier peut, sans préjudice de son droit à l'exécution par équivalent de tout ou partie de l'obligation:/ 1° Forcer l'exécution en nature de l'obligation;/ 2° Obtenir, si l'obligation est contractuelle, la résolution ou la résiliation du contrat ou la réduction de sa propre obligation corrélative;/ 3° Prendre tout autre moyen que la loi prévoit pour la mise en oeuvre de son droit à l'exécution de l'obligation*”.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

tanto, los jueces miran los principios del Derecho inglés para su aplicación, no los del Derecho francés⁹¹⁴.

[267] En el *ámbito latinoamericano*, el derecho al cumplimiento específico de las *obligaciones de hacer* se reconoce, por ejemplo, en el Código civil chileno (art. 1153)⁹¹⁵ [y, por la recepción de este código, en *idénticos* términos en el Código civil colombiano (art. 1610) y en parecidos términos en el salvadoreño (art. 1424)⁹¹⁶], y en el Código civil peruano (art. 1150)⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Sobre el punto, véase JUKIER, R., *The emergente of specific performance as a major remedie in Quebec Law*, *Revue de Barreau*, t. 47, n. 1, 1987 (enero-febrero) pp. 47-72; y también JUKIER (2010) p. 105 y ss.

⁹¹⁵ Art 1553 CC chileno: “*Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1.ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2.ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3.ª Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato*”.

⁹¹⁶ Art. 1424 CC de El Salvador: “*Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya: 1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. También podrá pedir que se rescinda la obligación y que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato*”.

⁹¹⁷ En el Código civil peruano, se distingue, a efectos de establecer los derechos del acreedor, según se trate de un incumplimiento (art. 1150) o de un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En el primer caso, se pone a disposición del acreedor de la obligación de hacer incumplida, una triple alternativa: “1) *Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor; 2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste; 3. Dejar sin efecto la obligación*”. En el segundo caso, el acreedor puede adoptar entre alguna de las dos últimas vías mencionadas, o exigir que se deshaga lo mal hecho, o exigir una reducción de la contraprestación (*cfr.* art. 1151). Todas esas alternativas son compatibles con una indemnización de perjuicios, si procede. Cabe destacar que el CC peruano no contempla la posibilidad de imponer multas coercitivas para obetener el cumplimiento específico (sobre todo lo dicho,

[268] *Para terminar.* Como ya se ha dicho, la idea de que en los ordenamientos continentales existe un derecho al cumplimiento específico (derecho a obtener una sentencia de condena) aparece reforzada por la existencia de ciertas vías de apremio, que operan en la fase de ejecución.

En este sentido, es de destacar la admisión generalizada de la posibilidad de imponer al deudor multas coercitivas o *astreintes*. En efecto, esta posibilidad que se admite, por ejemplo, en los países BENELUX (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) ⁹¹⁸, en Suiza ⁹¹⁹, en Portugal ⁹²⁰,

véase, por ejemplo, OSTERLING PARODI, F., *Las obligaciones*, 8.ª ed., Editorial jurídica Grijley, Lima, 2007, pp. 38-40 y 65-74;).

⁹¹⁸ Este fue precisamente el objeto de la *Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte* [La Haya, 26 de noviembre de 1973; conocida también como Convención “*astreinte*” (o “*Dwangsom*”, en holandés)]. Esta convención obligaba a los países firmantes a introducir literalmente esta regulación en sus ordenamientos (así lo indica el art. 1 de la *Convención*). El art. 1 de la *Ley uniforme*, que contempla la regulación sustantiva sobre la *astreinte*, establece: “*Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu*”. Sin embargo, sólo es de aplicación a condenas no dinerarias (el mismo art. 1 establece que “[t]oute fois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent”). La justificación de adoptar esta regulación, se indica en la Exp. de motiv. de la Ley uniforme. Se dice: “[l]’exécution forcée des décisions de justice en matière de droit privé pose des problèmes que l’on a pris l’habitude de considérer à la lumière d’une maxime empruntée aux glossateurs «*Nemo praecise potest cogi ad factum*»: personne ne peut, à proprement parler, être contraint à faire quelque chose. Particulièrement dans les pays qui, en ce domaine, ont conservé les principes du Code civil des Français de 1804, l’article 1142 (1275 BW) semble fournir des éléments de solution en proclamant que «toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts», c’est-à-dire en une indemnité en argent, à l’exclusion d’une exécution en nature ou exécution «réelle». Puede consultarse el texto del convenio, de la ley uniforme y de la Exp. de motiv. en: <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1976/0047/1976A08261.html>.

⁹¹⁹ El art. 343.1 del CPC suizo (*Obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer*) establece la facultad del tribunal de ejecución para ordenar diversas medidas a fin de que se

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

en Italia⁹²¹ y en Dinamarca⁹²².

ejecute la obligación debida, entre ellas, la imposición de multas (“1. *Lorsque la décision prescrit une obligation de faire, de s’abstenir ou de tolérer, le tribunal de l’exécution peut:/ a. assortir la décision de la menace de la peine prévue à l’art. 292 CP;/ b. prévoir une amende d’ordre de 5000 francs au plus;/ c. prévoir une amende d’ordre de 1000 francs au plus pour chaque jour d’inexécution;/ d. prescrire une mesure de contrainte telle que l’enlèvement d’une chose mobilière ou l’expulsion d’un immeuble;/ e. ordonner l’exécution de la décision par un tiers*”).

⁹²⁰ En el Derecho portugués, la posibilidad de imponer una *sanção pecuniária compulsória* al deudor de una obligación de hacer infungible se reconoce legalmente desde 1983 (lo que se hizo incorporando un nuevo art. 829A al Código civil portugués). El art. 828 establece, en relación con las obligaciones de hacer fungibles, que “*O credor de prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor*”. El art. 829 A (agregado por el Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho), en cambio, se refiere a las obligaciones *no fungibles* (ya sean positivas o negativas), y respecto de ellas, establece la posibilidad de imponer, a requerimiento del acreedor, una sanción pecuniaria, salvo que la obligación suponga especiales cualidades científicas o artísticas del obligado (art. 829 A.1). El tribunal tiene un poder discrecional en cuanto a su monto, pues debe fijarla siguiendo criterios de razonabilidad (art. 829 A.2). El monto se reparte, por partes iguales, entre el acreedor y el Estado (art. 829 A.3). [Art. 829.A (*Sanção pecuniária compulsória*): “1. *Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso./ 2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar./ 3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao credor e ao Estado./ 4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar*”].

⁹²¹ El Derecho italiano ha reconocido legalmente esta posibilidad, mediante una reforma al *Codice de Procedure civile*, en el año 2009, que agregó un art. 614 bis al *Codice di Procedura Civile*. [Art. 614 bis (*Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*): “*Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall’obligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro*”].

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[269] El estudio del que se ha dado cuenta en este capítulo permite concluir lo siguiente:

subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409./ Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"].

Como se puede ver, la *astreinte* es aplicable sólo a las obligaciones de hacer *infungibles* y a las de no hacer. Se fija en la sentencia, y su naturaleza es la de una condena dineraria accesoria a la principal (que es de hacer o no hacer), siempre a petición de parte. El juez tiene amplios poderes discrecionales para fijar el monto y forma de pago. Esta *astreinte* sigue el modelo francés, y beneficia al acreedor, no al Estado. Sobre la incorporación de la *astreinte* al derecho procesal italiano, véase, por ejemplo, SALETTI, A., "L'esecuzione processuale indiretta nell a riforma del «Codice di procedura civile» italiano dal 2009", *RDPUCV*, n. 34, 2010, pp. 505-520; y MOLINARO, G., "Old issues and new trends in enforcing orders of specific performance in Italy" (12 de Marzo de 2013). Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2231970>.

⁹²² Cfr. LANDO/ROSE [(2004) p. 480 y ss. Ahora bien, como explican estos autores, ello no quiere decir que el remedio del cumplimiento específico pueda ser considerado un remedio preferente, *lo que es particularmente claro tratándose de las obligaciones de hacer*, debido a la existencia de importantes limitaciones legales para obtener la ejecución de este tipo de obligaciones. Según explican estos autores, *el Derecho procesal danés restringe el número de casos en los que el ordenamiento permite obtener el cumplimiento específico*. Según exponen estos autores, si el juez concede el cumplimiento específico, la autoridad encargada de la ejecución (*bailiff*) convertirá por regla general la pretensión del demandante en una indemnización de daños, *lo que es usual cuando se trata de la ejecución de obligaciones de hacer*. Por otro lado, explican los autores, si bien el demandante tiene la posibilidad de interponer una acción criminal (que tiene pena de multa) contra el demandado, en caso que éste rehúse cumplir con la orden del tribunal a cumplir *in natura*, en la práctica dicha acción no se ejercita. Según LANDO/ROSE ello puede explicarse porque hay pocos incentivos para ello: el demandante, aunque gane el juicio, tendría que soportar algunos de los costos de litigación; *las multas que pueden imponerse* no van en beneficio del querellante; y por último, como el demandado sólo puede ser sancionado una vez por no cumplir, la sanción penal (multa ya aplicada) elimina cualquier incentivo del demandado para cumplir. Véase también, en este mismo sentido, NIELSEN, *Contract law in Denmark*, pp. 173-174.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

1. Que no resulta del todo fácil fundar, *desde una perspectiva histórica*, la idea generalizada de que los ordenamientos de Derecho continental reconocen al acreedor un “derecho” a obtener el cumplimiento específico del contrato. Al contrario, como se ha puesto de relieve, la cuestión sobre si es posible compeler al deudor al cumplimiento específico ha sido un punto discutido, y particularmente lo ha sido en relación con las obligaciones de hacer.

En este sentido, creo que es posible decir que, más que en los textos justinianeos, la idea –generalmente admitida– de que, en los ordenamientos de Derecho continental existe “un derecho” al cumplimiento específico parece fundarse en otros dos factores: por un lado, en el influjo de ciertas ideas de carácter “moralizante” en la construcción del Derecho contractual continental; y, por otro, en el hecho que se hayan admitido ciertas vías de apremio contra el deudor (ya fueran de naturaleza personal, como el arresto o la prisión, ya fueran de naturaleza patrimonial, como la toma de bienes, o la imposición de multas).

2. Lo anterior no significa, empero, que esos dos factores (las ideas moralizantes y la admisibilidad de vías de apremio) hayan tenido, en todos los ordenamientos jurídicos continentales, el mismo peso relativo, ni que lo tengan en la actualidad. En este sentido, las palabras de DAWSON (1959) son acertadas: “sin perjuicio de su larga exposición a las ideas derivadas del Derecho romano, cada uno de los ordenamientos de Derecho continental es producto de sus propias decisiones,

independientes y conscientes”⁹²³. Ahora bien, aun cuando puede admitirse que esas “decisiones” (si puede considerárseles tales) se plasmaron en el caso del Derecho francés y del alemán en sus respectivas codificaciones (como sugiere OOSTERHUIS), estos textos están sujetos a la interpretación doctrinal y judicial, y, además, a la posibilidad de ser modificados. En este sentido, el estudio realizado sobre el Derecho alemán y francés muestra:

a) En primer lugar, que la diversa aproximación que, en relación con este punto, parecen haber adoptado originariamente el BGB (más favorable al cumplimiento específico de la obligación de hacer) y el *Code civil* (que niega este remedio respecto de esta clase de obligaciones), no necesariamente refleja la aproximación *actual* de estos dos ordenamientos, ya sea porque la materia se ha modificado (en el caso del Derecho alemán) o ya sea porque la doctrina y los tribunales han interpretado el texto contra su tenor literal (en el caso del Derecho francés).

b) En segundo lugar, que el derecho del acreedor al cumplimiento específico no es, en ningún caso, un derecho absoluto. Tanto en el Derecho alemán como en el francés existen ciertos criterios que determinan la procedencia de este remedio, y que le otorgan un cierto carácter discrecional. Así, incluso siendo posible el cumplimiento en forma específica, el deudor puede no ser condenado a ello, si se considera que dicha condena no es “razonable”, ya sea económica o moralmente.

⁹²³ Cfr. DAWSON (1959) p. 529.

7. El cumplimiento específico como derecho del acreedor...Derecho continental

c) Que, aunque ambos ordenamientos reconocen la posibilidad de emplear vías indirectas de apremio contra el deudor –bajo la forma de multas coercitivas– no es posible utilizar estas medidas cuando la obligación consiste en una obligación contractual de hacer de carácter personalísima, de modo que, en estos casos, el derecho del acreedor al cumplimiento específico de la obligación queda en entredicho.

CAPÍTULO 8

La idea de un derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer en el Derecho español del siglo XIX

I. INTRODUCCIÓN

[270] Este capítulo tiene por finalidad dar cuenta de la aproximación del Derecho español a la idea de que el acreedor de una obligación de hacer tiene derecho al cumplimiento específico, en el período anterior a la entrada en vigor del Código civil. Para exponer esta cuestión analizo, principalmente, la doctrina española del siglo XIX⁹²⁴.

⁹²⁴ Tengo la impresión de que esta es, probablemente, la mejor forma de obtener información sobre un aspecto determinado del Derecho civil español *antes* de la entrada en vigor del Código civil. Ello porque, como es sabido, a comienzos del siglo XIX el Derecho civil vigente en España se encuentra recogido en varias *recopilaciones*, lo que dificulta enormemente el conocimiento del Derecho positivo vigente [el *Ordenamiento de Alcalá* (1348); la *Compilación de leyes*, también conocida como *Ordenanzas reales*, y como *Ordenamiento de Montalvo* (1484); *Las Leyes de Toro* (1505), y la *Nueva recopilación* (1567)]; y además, subsidiariamente, siguen vigente los fueros particulares y *Las Partidas* (sobre la disposición jerárquica de estas regulaciones, valga lo dicho *supra* nota 80]. Por tanto, a comienzos del siglo XIX, *el Derecho español se caracterizaba por un estado de dispersión normativa*, era un “intrincado laberinto” [así lo expresa SEMPERE Y GUARINOS, recogiendo el juicio que, en

Sin perjuicio del interés que este estudio pueda tener desde un punto de vista puramente histórico, el mismo tiene por finalidad poner de concretamente de relieve: *i)* que la idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer es una *idea discutida*; *ii)* que los argumentos que sirven tanto para negar como para justificar este derecho al cumplimiento específico del acreedor *se apoyan principalmente* en la existencia de vías procesales de apremio; y

su momento, hiciera el Colegio de abogados de Madrid sobre el estado de la legislación española (SEMPERE Y GUARINOS, J., *Historia del Derecho Español*, 1822, Madrid, t. 1, p. 388)]. Ese estado de dispersión normativa es lo que, entre otros factores, explica el “ideal codificador [que] se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII” [DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, t. 1, p. 194]; y es lo que explica la publicación de la *Novísima Recopilación* en el año 1805 [así se expresa en la *Real Cédula sobre la formación y autoridad de esta Novísima Recopilación de las Leyes de España*, inserta al comienzo de la *Novísima Recopilación*, t. 1, especialmente pp. xlv-xlvi]. No obstante, la sanción de la *Novísima Recopilación* no sólo no superó ese estado de dispersión normativa, sino que lo acentuó. Así lo puso de relieve MARTÍNEZ MARINA en un ensayo titulado *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla*: “[e]ste año [...] se acaba de publicar [...] la *Novísima Recopilación* [...] obra más completa que toda las de su clase [...] y que carecería de muchos defectos considerables que se advierten en ella, anacronismos, leyes oportunas y superfluas, erratas y lecciones mendosas [...] si la precipitación con que se trabajó en esta grande obra, por ocurrir a la urgente necesidad de su edición, hubiera dado lugar a un prolixo [*sic*] examen y comparación de sus leyes con las fuentes originales de donde se tomaron” (Madrid, 1808, p. 398; cursivas añadidas). El propio MARTÍNEZ MARINA, instado a dar razón de las críticas a la *Novísima Recopilación*, publicó años más tarde su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (Madrid, 1820), obra en la que da cuenta de los anacronismos, repeticiones, errores y otros defectos que se hallaban en la *Novísima Recopilación*.

Si bien en la Constitución (estatuto) de Bayona hay una referencia a un Código civil, la idea de codificar el Derecho civil, en el siglo XIX, tiene su más importante reflejo en la Constitución de Cádiz, pues, como algún autor ha planteado, “[n]o puede entenderse significativo al respecto la Carta de Bayona, con su referencia a un Código Civil, como tampoco el Código promulgado por José Napoleón, pues, eran normas impuestas por el invasor [...] [l]a verdadera idea de la codificación se afirma en Cádiz, con la Constitución de 1812” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Grandes directrices y principios informadores del Código civil. Estimación conjunta”, en *El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1989, p. 69).

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

iii) que *debido a lo anterior*, las soluciones adoptadas por las *Leyes de enjuiciamiento civil* que vieron la luz durante el siglo XIX (la primera de 1855; la segunda de 1881) *inciden de manera importante en la comprensión del Derecho sustantivo* al cumplimiento específico de la obligación de hacer.

[271] La exposición que sigue se divide en dos partes. La *primera* tiene por objeto ilustrar las *distintas opiniones* de los autores en relación con el derecho del acreedor a compeler al deudor al cumplimiento específico de la obligación de hacer. La *segunda parte* intenta ofrecer, a partir de los argumentos propuestos por los autores, una explicación para esa discordancia.

II. LAS DISTINTAS POSICIONES DE LOS AUTORES

1. LA POSICIÓN QUE NIEGA LA POSIBILIDAD DE COMPELER AL DEUDOR AL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE HACER

[272] Al tratar los efectos de las obligaciones, algunos autores del siglo XIX distinguen entre obligaciones de dar y obligaciones de hacer, poniendo de relieve que en las obligaciones de hacer el acreedor *no puede compeler al deudor a ejecutar la prestación debida*. Así, por ejemplo, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN (1841):

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

“La obligación de hacer o de no hacer en caso de inejecución, para evitar la violencia que se cometería compeliendo a alguno a un hecho, *se resuelve en otra de daños e intereses*”⁹²⁵.

En el mismo sentido, se pronuncia DEL VISO (1860):

“[L]a naturaleza de la obligación de dar es tal, que, si lo exige el acreedor, ha de llevarse precisamente a efecto en los términos en que se pactó; para lo cual podrá reclamarse la intervención de la pública autoridad, utilizando para ello los medios de la vía ejecutiva o de apremio, o el reintegro, restitución o el desaucio [*sic*], según fuere la materia de la obligación [...]”

“No sucede así en la obligación relativa a hacer o de prestar algún servicio [...] en la obligación de hacer, si uno que se comprometió a prestar algún servicio se negase absolutamente a ello, como no hay fuerza humana que pueda obligarle a ejecutar su empeño, y no es justo que el acreedor quede perjudicado por haber faltado el deudor a lo pactado, las leyes han dispuesto otro modo de subsanar estos perjuicios [...]”⁹²⁶.

Tras ello, DEL VISO enumera cuáles son esas vías que leyes han dispuesto para subsanar los perjuicios, a saber: *i)* pedir que se haga a

⁹²⁵ GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos del derecho civil y penal de España*, 1.ª ed., t. 2, 1841, pp. 18-19; cursivas agregadas. El mismo texto se conserva en las ediciones posteriores (así, por ejemplo, en la 7.ª ed., de 1865, t. 2, p. 173).

⁹²⁶ *Lecciones*, parte 2, tratado 3, pp. 63-64.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

costa del deudor; *ii*) que se deshaga lo mal hecho y *iii*) una indemnización de daños ⁹²⁷.

Otros autores que se pronuncian en este mismo sentido son VERLANGA HUERTA (1843) ⁹²⁸ y ESCRICHE (1847) ⁹²⁹.

⁹²⁷ DEL VISO expresa que las leyes conceden al acreedor la posibilidad de “utilizar los medios siguientes:/ [...] [h]acer que se ejecute la cosa a costa del deudor si este no quisiese hacerla, o si la hubiera hecho contraviniendo en el modo á lo que se hubiera pactado, hacer que se ejecute de nuevo, obligándole a la destrucción de lo mal hecho./ [...] no haciendo uso de este medio, podrá pedir la indemnización de daños y abono de intereses que las leyes conceden en general a los contrayentes por la inejecución del contrato o tardanza en su cumplimiento”, relacionando esas vías con el art. 1008 PCC 1851 (*Lecciones*, parte 2, tratado 3, pp. 64). El art. 1088 PCC de 1851 señalaba: “*Si el obligado a prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar a su costa./ Esto mismo se observará si lo hiciere contraviniendo en el modo a lo pactado; y podrá además decretarse la destrucción de lo mal hecho*”.

⁹²⁸ Este autor, al explicar el aforismo *nemo potest praecise cogi ad factum*, señala: “ninguno puede ser obligado ni forzado á hacer lo que no se quiere. La promesa ú la obligación de hacer se resuelve desde entonces, necesariamente en la indemnización del perjuicio causado por el refractario, y de la ganancia que haya podido hacer la otra parte. No puede, pues, emplearse la fuerza sino para forzar al refractario á pagar esta indemnización, denominada daños y perjuicios” (VERLANGA HUERTA, F., *El Derecho civil universal por aphorismos*, Madrid, 1843, p. 68).

⁹²⁹ “La obligación de hacer o no hacer alguna cosa se reduce a la obligación de daños y perjuicios cuando el deudor se resiste a ejecutarla, porque nadie puede ser forzado precisamente a un hecho, aunque pueda serlo a la dación o entrega de una cosa, pues de otro modo quedaría infringida la libertad natural del hombre y se le sujetaría a cierta especie de servidumbre [...] de aquí el axioma de Derecho: *nemo potest praecise cogi ad factum*” (ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.^a ed., Madrid, 1847, en la entrada o voz: “hecho”). Y en otro lugar, señala: “[t]oda obligación de hacer o no hacer se reduce a la satisfacción de daños y perjuicios, en caso que el deudor no quiera ejecutarla [...] si yo me obligué, pues, a hacerte una pintura, no se me podrá obligar a ejecutar mi empeño y por consiguiente mi obligación habrá de resolverse en daños y perjuicios [...] [p]uede, no obstante, autorizarse al deudor, en caso de inejecución, para que haga ejecutar el mismo al obligación a expensas del deudor: si un arquitecto por ejemplo se ha obligado á edificarme una casa, no puedo yo compelerle é edificarla por sí mismo, pero podré hacer que otro la edifique á su costa” (*ibíd.*, en la entrada o voz: “obligación de hacer o no hacer”).

2. LA POSICIÓN QUE ADMITE LA POSIBILIDAD DE COMPELER AL DEUDOR AL CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN DE HACER

[273] Otros autores, en cambio, parecen sostener que sí es posible compeler al deudor a ejecutar una obligación contractual consistente en un hacer. No obstante, se observa, dentro de esta línea, dos aproximaciones.

Algunos autores se limitan a afirmar el derecho del acreedor a compeler al deudor al cumplimiento. Así, por ejemplo, SALA (1803), aunque este autor sólo lo afirma en relación con los contratos “innominados” ⁹³⁰. También en este sentido se pronuncia GARCÍA GOYENA (1852), quien a diferencia de SALA, afirma el derecho del acreedor a compeler al deudor al cumplimiento, de forma general, es decir, para toda obligación de hacer ⁹³¹.

Otros autores, en cambio, tras también afirmar como principio que el acreedor tiene derecho a compeler al deudor al cumplimiento de la

⁹³⁰ “El que cumplió por su parte tiene derecho de escoger, o bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, o que pague los perjuicios que le ha ocasionado de no cumplirlo” (*Ilustración*, p. 237). La afirmación viene precedida por una referencia al objeto y causa de la obligación, referida a los contratos innominados: “y este dar o hacer es la causa de obligar que hemos expresado” (*ibíd.*, p. 237). Sin que luego se haga *ninguna distinción* entre “el dar” o “el hacer” a la hora de afirmar este derecho de opción del acreedor entre apremiar al deudor o solicitar la indemnización de daños.

⁹³¹ GARCÍA GOYENA lo afirma así, a propósito del art. 1008 PCC de 1851, *recalcando la diferencia que existía entre lo dispuesto en ese artículo y el Derecho español vigente a la época*. En efecto, tras referirse brevemente al Derecho francés (según el cual, recordemos, la obligación de hacer se convierte en indemnización de daños, véase *supra* [252]), GARCÍA GOYENA *explica el Derecho vigente*, señalando que “[n]uestras leyes 12, título 11, Partida 5 y 5, título 27, Partida 3 están más claras: *Develo apremiar* (el Juez) *que lo faga assi como fue puesto, é lo prometió*” (*Concordancias*, 1852, t. 3, pp. 46-47, cursivas del original).

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

obligación de hacer a través del uso de vías de apremio, *matizan la afirmación*, indicando a continuación que, en caso que no sea posible obtener el cumplimiento por esta vía, el deudor debe entonces el *id quod interest* [así, por ejemplo, RODRÍGUEZ (1861)⁹³² y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1869)⁹³³] o bien que podrá mandarse a ejecutar la obligación a costa del deudor, si ello conviene al acreedor [así, por ejemplo, FALCÓN (1878)⁹³⁴].

III. UNA POSIBLE EXPLICACIÓN DE ESTA DISCORDANCIA EN LAS POSICIONES DE LOS AUTORES

[274] Me parece que hay dos factores que pueden explicar la discrepancia que, en relación con la posibilidad de compeler al deudor

⁹³² “La obligación de hacer que consiste en un hecho personal debe cumplirse lo mismo que se haya contraído, bajo igual pena, y la de pagar cierta multa, si así se ha estipulado: pero como ninguno puede ser obligado á que practique un hecho nudo, como el pintar el cuadro, u otro semejante; se compelerá al que haya contraído esta responsabilidad, de la manera posible; y en el caso de absoluta negativa, se le condenará á que abone al acreedor lo que le hubiese interesado la prestación del hecho objeto del convenio” (RODRÍGUEZ, J. M.^a, *Elementos de Derecho civil, penal y mercantil de España*, Madrid, 1861, t. 1, p. 361).

⁹³³ Este autor admite la posibilidad de apremiar al deudor de un “hecho nudo, que interesa al acreedor se practique por el mismo que lo prometió”, aunque luego matiza que, “si a pesar de ello no se pudiese conseguir, se abonará *el quod interest*” (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios fundamentales sobre Derecho Civil español, tratado de las obligaciones*, Madrid, 1869, t. 4, pp. 55-56).

⁹³⁴ “El que se obligó a hacer debe cumplir personalmente lo pactado y puede ser compelido judicialmente a ejecutarlo [aquí, va nota al pie, en que el autor cita la *Partida* 5.11.13]. Si se negare todavía a ejecutarlo podrá mandarse a ejecutar a su costa, siendo esto posible conviniendo al acreedor [aquí, va nota al pie, en la que el autor cita al “art. 1008 del Proyecto de Código”; referencia que debe entenderse hecha al *Proyecto de Código civil de 1851*]. Solo cuando la obligación es imposible se convierte la obligación en otra de abonar daños y perjuicios” (FALCÓN Y OZCOIDI, M., *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral: según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*, Salamanca, 1878, t. 2, p. 446).

al cumplimiento de la obligación de hacer, se observa entre los autores del siglo XIX. Por un lado, el distinto Derecho sustantivo de referencia. Por otro, la existencia y naturaleza de vías procesales para apremiar al deudor al cumplimiento.

1. EL DERECHO SUSTANTIVO DE REFERENCIA

[275] Un primer factor que puede explicar la diversidad de opiniones es, como acabo de indicar, el Derecho sustantivo de referencia: mientras que los autores que niegan el derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer parecen tomar como referencia al Derecho romano (el *ius commune*), quienes afirman la posibilidad del cumplimiento específico de la obligación de hacer se fundan, en cambio, en el Derecho español (“nacional” o “patrio”), principalmente en cierta *leyes de Las Partidas*⁹³⁵.

⁹³⁵ Conviene recordar que, durante el siglo XIX, se vive en España un *proceso de reivindicación del Derecho “nacional”*, especialmente frente al *ius commune* (al que se denomina también, simplemente, Derecho romano) que, hasta la segunda mitad del siglo XVIII, había sido el Derecho de referencia en el ámbito académico universitario. Este proceso de reivindicación del Derecho español había comenzado un poco antes, en las últimas décadas del siglo XVIII. En este línea, suele destacarse la importancia que tuvo la publicación de la obra de DE ASSO/DE MANUEL (*Las instituciones del derecho civil de Castilla*), así como la impresión del fuero viejo de Castilla y del Ordenamiento de Alcalá, “códigos castellanos casi enteramente desconocidos antes, y cuya lectura suministra grandes luces para la historia del derecho español” (SEMPERE, *Historia*, p. 384; y véase también en este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. 1, pp. 133-135). Esa atención preferente que comienza a prestarse al Derecho español frente al romano no significa, sin embargo, que se prescinda absolutamente del estudio del Derecho romano, puesto que es con éste que el Derecho español suele contrastarse. FERNÁNDEZ DE BUJÁN lo describe en estos términos: “[e]n los siglos XVIII y XIX hay una prevalencia del derecho nacional que, en ocasiones, se contrapone al Derecho Romano” [(2008) p. 433].

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

a) Los argumentos de la posición que niega la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento específico

[276] La afirmación que realiza una parte de la doctrina, en el sentido de que no es posible compeler al deudor al cumplimiento de la obligación de hacer, no suele fundarse en argumentos de texto, sino en argumentos de otro tipo, tales como el respeto a la libertad personal del deudor (así, por ejemplo, GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN) o en la imposibilidad práctica de obtener el cumplimiento de estas obligaciones por la fuerza (así, por ejemplo, DEL VISO) ⁹³⁶.

Estos argumentos, como resulta evidente, corresponden a la aproximación tradicional del *ius commune* a la cuestión del cumplimiento específico de la obligación de hacer, aproximación que, como ya se ha dicho, se terminó expresando a través del aforismo *nemo potest praecise cogi ad factum* (*supra* [238]) ⁹³⁷. De hecho, este aforismo

⁹³⁶ Véase *supra* [272].

⁹³⁷ Creo que es razonable suponer que, estos autores del siglo XIX no considerasen que el Derecho español vigente modificaba este principio, porque al tratar este punto, no hacen ninguna advertencia sobre la existencia de alguna diferencia con el Derecho nacional, lo que es habitual en estos textos debido a su carácter comparativo. A modo de ejemplo, considérese el *Curso histórico exegético del derecho romano comparado con el español*, de GÓMEZ DE LA SERNA, en el que se afirma que “las obligaciones pueden consistir no solo en dar, sino también en hacer, si bien estas últimas en el caso de inejecución por parte del promitente se convierten en otras de daños y perjuicios” (1.^a ed., 1850, T. 2, p. 178, a propósito de las estipulaciones). Más adelante, en la misma obra, al tratar el pago, se afirma: “no puede pagarse una cosa por otra, ni prestarse un hecho por otro, sin que consienta en ello el acreedor [...] [h]ay, sin embargo, algunos casos en los que la necesidad justifica el que se pague diversa cosa de aquella que se debe [...] [como sucede] en las obligaciones de hacer, las que en caso de no prestarse [por] el obligado a su cumplimiento, se resuelven en obligaciones de dar” (*ibíd.*, p. 364). GÓMEZ DE LA SERNA no especifica, en esta parte de su libro, a qué obligación de dar se refiere, sino que se remite, en nota, a otra parte de su libro en la que expresa que “para evitar la violencia personal que sería consiguiente si se compeliere a alguno a

es referido expresamente por algunos autores del siglo XIX como fundamento de esta posición⁹³⁸. También se hallan, en apoyo de esta posición, algunas referencias –si bien muy escasas– a algunos pasajes del Digesto⁹³⁹. Y también se encuentran algunas referencias a la doctrina de los antiguos intérpretes (a los juristas medievales)⁹⁴⁰.

hacer o a no hacer lo que no quiere, se ha establecido que no pueda el actor pedir la prestación del hecho, sino solo que se le de una cantidad equivalente al servicio que esperaba recibir, es decir, que la obligación de hacer o no hacer se convierte en una de dar, habiendo en este caso, por el ministerio de la ley una novación” (pp. 190-191). En ningún momento el autor contempla referencia alguna al hecho de que ello esté modificado por el Derecho español vigente.

⁹³⁸ Así, por ejemplo, VERLANGA HUERTA (*supra* nota 928) y ESCRICHE (*supra* nota 929).

⁹³⁹ Como se ha destacado, ello es muy excepcional. Sólo he hallado citas a textos del Digesto, en apoyo de esta postura, en ELÍAS, J. A./DE FERRATER, E., *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*. quienes, en relación con el Derecho vigente en Cataluña, y tras afirmar que “[t]oda obligación de hacer o dejar de hacer queda reducida en caso de incumplimiento a la de prestar el obligado los daños y perjuicios que por esta razón sufra el acreedor”, reconocen, entre paréntesis, una serie de referencias de texto (sin reproducirlas ni explicarlas), entre ellas, la siguiente: “L. 72 y 112 & D. De verb. oblig. L. 24 D. de Cond. et dem.” [2.ª ed., Barcelona, 1864, p. 403].

Las citas de ELÍAS/DE FERRATER a D. De verb. oblig. se refieren al D. 45.1, segunda parte (*de verborum obligationibus*). El primero de los pasajes citados (D. 45.1.72) sirve de argumento a la posición de ELÍAS/DE FERRATER [sobre este pasaje, valga lo dicho *supra* nota 776]. Que los otros dos textos citados por estos autores puedan servir para apoyar su posición resulta más dudoso. D. 45.1.112 es un pasaje que trata sobre el alcance de una obligación alternativa (“Si alguno hubiera estipulado a Stico, o a Pánfilo, al que de los dos él mismo quisiera, pedirá el que hubiere elegido, y sólo éste estará comprendido en la obligación; mas preguntándose si podrá cambiar de voluntad y pasar a pedir el otro se habrá de atender a las palabras de la estipulación, si fueran tales: «el que yo hubiere querido», o «el que yo quiera»; porque si fueron estas: «el que yo hubiere querido», una vez que hubiere elegido, no podrá cambiar de voluntad; pero si tuviera otro alcance el lenguaje de aquél, y fuera este: «el que yo quiera» tendrá facultad para cambiar hasta que manifieste su resolución”) y no parece posible desprender de él nada en relación con el derecho al cumplimiento, o no, tratándose de una obligación de hacer. Por su parte, la referencia a la L. 24 D. de Cond. et dem. (cita que debe entenderse referida al D. 35.1.24) tampoco parece servir para apoyar la posición de estos autores, porque este pasaje trata de las asignaciones testamentarias condicionales, y no se refiere al incumplimiento de una obligación de hacer [“Está admitido en derecho civil, que siempre que por aquel, a quien le interesa que se cumpla la condición, se hace que no se cumpla, se considere lo mismo que si se hubiese cumplido

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que para la doctrina civil española del siglo XIX fuera un principio indiscutible que, según el Derecho romano, el deudor de una obligación de hacer no pudiese ser compelido al cumplimiento específico ⁹⁴¹; y tampoco implica

*la condición; lo que extendieron los más también a los legados, y a las instituciones de herederos. Con cuyos ejemplos opinaron con razón algunos, que también se incurría en las estipulaciones, cuando por el que prometía se hubiese hecho de modo que el que estipulaba no cumpliera la condición”). Trad. de ambos textos: GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho romano*.*

⁹⁴⁰ En este sentido, ESCRICHE, quien, tras afirmar que “[t]oda obligación de hacer o no hacer se reduce a la satisfacción de daños y perjuicios, en caso que el deudor no quiera ejecutarla” [*supra* nota 929], agrega que “[lo dicho] es conforme á lo que opinan los intérpretes [...] fundados mas bien en las leyes romanas que en las nuestras” (ESCRICHE, *Diccionario razonado*, entrada o voz: “obligación de hacer o no hacer”).

En las dos primeras ediciones del *Diccionario razonado* no hay cita a estos “intérpretes”, pero en la 3.^a ed., de 1847, se agrega a continuación de esta afirmación, la siguiente referencia: “Gomez Var., lin. 2, cap. 10” (p. 648). Sin duda, esta referencia de ESCRICHE debe entenderse hecha a Antonio GÓMEZ, jurista del siglo XVI y a su obra *Variarum resolutionum iuris ciuilis communis et regii commentaria* (1552). El pasaje de GÓMEZ, al que se refiere ESCRICHE, dice: “La promesa de hecho propio es válida y de ella nace acción eficaz, sucediendo después de la mora la obligación al interés, de suerte que este o el hecho se puede pedir, o uno y otro alternativamente que es el mejor modo, y perteneciendo la elección al deudor en tales términos que aunque el acreedor pida el hecho y el Juez lo condene en él, satisfaciendo el interés queda libre de la obligación, porque ninguno puede ser compelido precisamente al hecho, en atención á que de otro modo se ofendería la libertad y se induciría cierta especie de servidumbre; bien que en algunos casos puede ser apremiado con precisión al hecho” [el texto reproducido, originalmente en latín, ha sido tomado de la versión en español de GUTIÉRREZ, J. M., *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*, Madrid, 1789, Parte segunda, capítulo X, párrafo 23, p. 94].

⁹⁴¹ En este sentido, MARTÍ, por ejemplo, se pregunta “si el hecho es posible aún [tras el incumplimiento] ¿podrá precisarse al obligado a que lo verifique, o bien, a pesar de la circunstancia de la posibilidad, no escitirá [sic] otra obligación que la de reparo de perjuicios?”. El autor, tras apuntar dos argumentos de texto (de Derecho romano) contradictorios, afirma que “faltan los datos indispensables para una solución satisfactoria” (*Tratado elemental del Derecho civil romano y español*, Barcelona, 1838, v. 2, pp. 115-116). Mientras que GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, por ejemplo, señala con claridad que “los romanos, esclavos de la obligación, exigían el cumplimiento de la manera o forma que había sido contraída (afirmación que contradice, por tanto, la idea de que en el Derecho romano primaba el principio *pecuniaria condemnatio* (véase, *supra* [233]), aunque realiza tal afirmación sin ofrecer ningún fundamento (cfr. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios*, t. 4, p. 55).

que el significado del aforismo *nemo potest praecise cogi ad factum* fuera un punto pacífico ⁹⁴².

b) Los argumentos de la posición que admite la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento específico

[277] Por su parte, quienes sostienen que sí es posible compeler al deudor al cumplimiento específico de la obligación de hacer se fundan en el principio *pacta sunt servanda*⁹⁴³; pero, sobre todo, encuentran apoyo a su tesis en ciertas *leyes* de *Las Partidas* ⁹⁴⁴; en

⁹⁴² En este sentido, resulta interesante recoger las palabras de HERNÁNDEZ DE LA RÚA (1838): “La obligación es el vínculo legal que obliga a los hombres a dar o a hacer aquello en que se han convenido [...] se nos puede apremiar al cumplimiento [...] tanto los hechos, como las cosas, pueden ser materia de obligaciones y [...] cualquiera sea de ellas la que se prometa, hay obligación de cumplirla, no obstante el principio *nemo ad factum tenetur*, que ha dado lugar a infinidad de opiniones entre los intérpretes; porque si bien es cierto, que este es un principio legal, no lo es menos, que igual origen tiene el que parece contrario, *quis ad factum tenetur*. Cada uno de estos axiomas legales es aplicable bajo su verdadero sentido. El primero quiere decir, que cuando la obligación consiste en hacer, como sea imposible que se obligue a la materialidad de un hecho, no se podrán usar medios de violencia física para hacerlas cumplir; y el segundo, que no por tanto se libra de la responsabilidad moral y civil, a que le condena su promesa, sino que judicialmente se deberán buscar medios más análogos, para hacer efectiva la obligación (HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Lecciones de Derecho español*, Madrid, 1838, t. 2, pp. 131-132).

⁹⁴³ En este sentido, ESCRICHE sostiene que, debido a que según la “ley 1, tit 1, lib 10 Nov. Rec. queda obligado cualquiera, de cualquier modo que quiso obligarse, son de parecer algunos que quien promete hacer alguna cosa, debe hacerla en todo caso, y ser apremiado a ello, siempre que el hecho sea posible y convenga al acreedor o estipulante” (*Diccionario razonado*, en la entrada o voz: “obligación de hacer o no hacer”). No está de más recordar que esta *ley* de la *Novísima Recopilación* recoge el principio del consensualismo, adoptado originalmente en el Derecho español en el *Ordenamiento de Alcalá* [véase *supra* nota 86].

⁹⁴⁴ Como es sabido, *Las Partidas* es la principal fuente del Derecho civil español hasta la entrada en vigor del Código civil español en materia de obligaciones y contratos (y ello, a pesar de ser un texto del siglo XIII y ocupar el último lugar en la jerarquía normativa). Sobre *Las Partidas*, valga lo dicho *supra* nota 78.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

concreto: en las P. 5.11.13, P. 5. 11. 35, P. 5.14.3 y P. 3.27.5. A continuación, comento brevemente esas *leyes*.

En la anterior enunciación de *leyes* de *Las Partidas*, dejo de lado a la P. 5.6.5, que es en la que apoya SALA su tesis de que puede compelerse al deudor al cumplimiento específico. Ello por dos motivos. Por un lado, porque esa *ley*, a diferencia de las *leyes* que antes se han enumerado, no aparece citada por otros autores, sino sólo por SALA ⁹⁴⁵. Por otro lado –y esta es la razón decisiva para dejar de lado a la P. 5.5.6– porque *en el mejor de los casos*, esa *ley* únicamente permite afirmar que el acreedor tiene derecho a compeler al deudor al cumplimiento de una prestación de hacer cuando el contrato sea un contrato “innominado” y no sirve, por tanto, para justificar ese derecho a compeler al deudor al cumplimiento tratándose de servicios remunerados en dinero, los cuales caen dentro del contrato de arrendamiento ⁹⁴⁶.

⁹⁴⁵ P. 5.6.5: “*Contratos innominados [...] son quatro maneras dellos. La primera es, quando alguno da su cosa por otra [...] La segunda es, quando alguno da su cosa a otro (solo que no le den dineros contados) porque le faga otra por ella. Ca entonce dizimos, que si aquel non cumpliesse lo que prometio, en su escogencia es del otro, de demandarle la cosa que le dio por esta razon, o quel peche los daños [...] La tercera es, quando algun ome faze a otro alguna cosa señalada, porque le de otra: ca si despues que la ouiesse fecha, non le diesse aquella que le auia prometido, puedela demandar como en razon de engaño; e devuele ser pechada con los daños e los menoscabos [...] La quarta es, quando algun ome faze alguna cosa a otro, porque le faga aquel a quien la faze, otra por ella. En esta razon dezimos, que quando alguna de las partes fizo lo que deuia, que puede demandar a la otra, quel compla lo que deuia fazer, e quel peche los daños, e los menoscabos que recibio por esta razon [...]*”.

⁹⁴⁶ Y decimos “en el mejor de los casos”, porque SALA generaliza una solución que, según se desprende de la P. 5.6.5, es sólo para *algunos supuestos* de contratos innominados, *no para todos* ellos. En efecto, como se desprender de la lectura de P. 5.6.5 (transcrito en la nota anterior), la posibilidad de exigir el cumplimiento específico sólo se predica respecto de los contratos “hago para que des” (en donde la obligación incumplida que puede exigirse *in natura* es la de entregar la cosa, no la de hacer) y en los de “hago para que hagas”. Según esta misma *ley*, si el contrato es de

[278] Como ya se ha indicado, entre las *leyes* de *Las Partidas* que aparecen citadas con frecuencia en apoyo del derecho del acreedor al cumplimiento específico, destacan la P. 5.11.13, de la que suele citarse la línea “*develo apremiar el juez que lo cumpla*”, y la P. 5.11.35, de la que suele citarse la línea: “*tenudo es de pechar la pena, o de dar o de fazer lo que prometio, qual mas quisiere aquel que rescibio la promission*”⁹⁴⁷.

Sobre estas dos *leyes*, lo primero que hay que apuntar es que ambas se encuentran dentro de un mismo *título*, que trata de las *estipulaciones o promisiones*, materia que, como es sabido, ya no tenía aplicación en el siglo XIX. No obstante, no debe extrañar que sea precisamente entre

“doy para que hagas”, y el obligado a hacer luego no cumple, quien dio la cosa (el acreedor) no tiene una opción entre el cumplimiento específico y la indemnización (que es lo que plantea SALA), sino entre la restitución de lo dado y la indemnización del daño. Lo dicho queda todavía más claro si se considera que, esta ley de *Las Partidas* se basa, como el propio SALA apunta, en la “L. 5 de *praescrip. verb*”, o sea, en D. 19.5.5. En este pasaje del Digesto, es claro que si se ha dado para que se haga, y lo dado es dinero, el contrato es locación, y si es otra cosa, no será locación, pero “nacerá la acción civil o por lo que me importa, o la condición para repetirla [*sed nascetur vel civilis actio in hos, quod mea interest, vel ad repetendum condictio*]” (D. 19.5.5.2)].

La generalización de SALA en este punto, puede tomarse como una muestra de la falta de exactitud que *algunos autores* del siglo XIX acusaban en el texto de SALA: “[e]n [la] *Ilustración del Derecho real de España* se encuentran defectos tan sustanciales, que a pesar de lo raro y necesario de la obra, y del prestigio que haya podido ganarle el haber sido adoptada por texto en las universidades, tiene en contra suya el voto general de los maestros y de los estudiantes de derecho. Muchas de las citas que hace a nuestras leyes están erradas” (ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829, p. ii). Y, en el mismo sentido: “[e]l Sala hizo un trabajo muy apreciable [...] no tiene, sin embargo, en toda su obra, una sola definición que sea exacta, un solo principio de que sepa deducir después consecuencias naturales, ni una sola explicación [*sic*] que pueda decirse metódica y ordenada” (ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Instituciones de Derecho Civil*, p. vi).

⁹⁴⁷ Citan estas leyes, en apoyo de esta posición, entre otros: ELIAS/DE FERRATER, *Manual del Derecho civil*, p. 608; FALCÓN, *Exposición doctrinal del derecho civil*, p. 446; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, t. 3, pp. 46-47; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios*, 1869, t. 4, p. 55.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

estas *leyes* que se busque el fundamento jurídico de esta posición, porque es a partir de esta regulación –la de las *estipulaciones* que se contiene en *Las Partidas*– que los juristas castellanos construyeron lo que hoy puede denominarse teoría general de las obligaciones y del contrato ⁹⁴⁸.

Sentado lo anterior, hay que indicar que no parece que ninguna de dichas dos *leyes* reconozca expresamente el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico de la obligación de hacer incumplida. En efecto, la primera de esas *leyes* (P. 5.11.13) efectivamente dice que el juez debe apremiar al deudor (“*develo apremiar [...] que lo cumpla*”), pero del texto se desprende que esta *ley* tiene por objeto determinar a partir de qué momento y en qué lugar puede exigirse la obligación, cuando en ella no se ha fijado plazo o lugar para el cumplimiento.

En efecto, la P. 5.11.13 –demasiado extensa para reproducirla completa aquí– trata sobre “*fasta quanto tiempo deue ser complida la promission*”. En ella, se dice que, en caso que se hubiera prometido dar o hacer alguna cosa, *sin fijar una fecha*, el juez, si considera que ya ha transcurrido un plazo razonable “*develo apremiar a que la cumpla*”; y también que, *si no se ha*

⁹⁴⁸ Sobre el punto, véase GUZMÁN BRITO, A., “La promesa obligacional en las “partidas” como sede de la doctrina general de las obligaciones”, *RChD*, n. 34, 2007 (3), pp. 395-404. El autor, al final de su estudio, expresa: “la doctrina de la promisión, que en sí misma era nada más que pura teoría, cumplía en el Derecho común castellano [...] el papel de servir de sede a lo que hoy llamamos teoría general de las obligaciones, en el interior de un sistema jurídico, como era el común, que carecía de la noción sistemática moderna de las «partes generales». Tal es, si no me equivoco, la razón por la cual la jurisprudencia del Derecho común conservó su estudio y análisis pese a su impracticabilidad formal” (p. 402).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

fijado un lugar para el cumplimiento, “develo apremiar el juez del lugar que lo cumpla allí”.

Del texto de esta ley –y ya para algunos autores del siglo XIX era claro– se desprende que *Las Partidas* no tratan aquí directamente sobre el cumplimiento específico, sino que se limitan a regular algunos aspectos sobre el plazo en que debe cumplirse la obligación⁹⁴⁹.

En cuanto a la P. 5.11.35, ésta parece ofrecer todavía menos base que la P. 5.11.13 para justificar esta posición favorable al cumplimiento específico, pues se refiere al carácter acumulativo o no de la pena convencional respecto de la obligación principal ⁹⁵⁰.

⁹⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, MARTÍ, *Tratado elemental*, p. 117. Así, pues, esta ley no se refiere al cumplimiento o incumplimiento de la obligación de hacer, sino que se refiere a las obligaciones a plazo, pudiendo considerarse como un antecedente del art. 1128 CC [*“Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél./ También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor”*]; así lo recoge, por ejemplo, SCAEVOLA, *Comentarios*, t. 19, p. 682 (en el comentario al art. 1128 CC). Por otro lado, modernamente se ha sugerido que, aun cuando en esta ley se utiliza la expresión “apremiar”, debe entenderse que con ello simplemente se está diciendo que el juez debe fijarle un plazo para que cumpla, *no que esté autorizado a emplear medidas directas o indirectas de apremio*, como se dirá *infra* [283] y nota 959.

⁹⁵⁰ Y es que, además de lo que de desprende del propio texto de la P.5.11.35, las explicaciones que lo acompañan (ya en la glosa de Gregorio LÓPEZ) muestran claramente que esta ley no tiene relación con el problema de la ejecución específica de las obligaciones de hacer, sino que tiene relación con el problema de determinar si, habiéndose pactado una pena, se debe la obligación principal o sólo la pena. En este sentido, la glosa que acompaña este texto señala que la opinión mayoritaria entre los glosadores era que sólo se debía la pena, por entenderse que había novación; pero que en *Las Partidas*, esta ley adopta una solución diferente, pues establece que el acreedor puede elegir entre la obligación principal y la pena. La discusión, sin embargo, parece subsistir en los siglos XVIII y XIX. Que no pueden acumularse obligación principal y pena aparece ya claro para De ASSO/DE MANUEL: “la [pena] convencional debe satisfacerse si no se cumple la promesa a tiempo, y esta satisfacción libera de la

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

[279] Otra *ley* en la que se apoya la posición favorable al cumplimiento específico es la de P. 5.14.3, a propósito de *Las pagas*. De ella suele citarse el siguiente fragmento: “*Pagamiento de las deudas deve ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deve ser fecho de tales cosas, como fueron puestos, et prometidas en el pleyto*”⁹⁵¹.

Ahora bien, la P. 5.14.3 no dice expresamente que sea posible compeler al deudor al cumplimiento de una obligación de hacer. En realidad, de lo que trata esta *ley* es de lo que hoy se denomina la “identidad” del pago. Y, en este sentido, esta *ley* establece, que no siendo posible para el deudor cumplir de la forma establecida, debe cumplir del mejor modo posible, según sea el criterio del juez, y además debe, por ello, indemnizar al acreedor⁹⁵². La doctrina del siglo XIX desprende de este

obligación” (*Instituciones*, p. 172); que es el acreedor quien elige entre la obligación principal y la pena, se observa con claridad en ÁLVAREZ: “pero en estos casos queda al arbitrio del acreedor, o exigir la pena, o el cumplimiento de la promesa” (*Instituciones de Derecho real*, t. 2, 1829, p. 46). Siguiendo estos precedentes, el art. 245 del Código de comercio de 1829 establecía la no acumulación entre la pena y el cumplimiento, *contemplando expresamente el derecho del acreedor a elegir* [“*Cuando en el contrato de comercio se haya fijado pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, puede la parte perjudicada exigir o bien el cumplimiento del contrato por medios de derecho, o bien la pena prescrita; pero usando de una de estas dos acciones, queda estinguida la otra*”].

⁹⁵¹ El texto es el siguiente: “*Pagamiento de las deudas deve ser fecho a aquellos que las han de recibir, e deve ser fecho de tales cosas, como fueron puestos, et prometidas en el pleyto, cuando lo fizieron, e non de otras, si non quisiere a quien fazen la paga, pero si acaesciesse, que el deudor non pudiesse pagar aquellas cosas que prometiera, bien puede darle entrega de otras, a bien vista del Judgador. Otrozi dezimos que si ouiesse fecho pleyto de fazer alguna cosa, e non lo pudiesse fazer en la manera que avia prometido, que debe cumplir de otra guisa el pleyto, según su alvedrio del Judgador del lugar. E debe pecharle el daño, o el menoscabo que le vino por razon que non fizo aquella cosa, assi como prometio [...]*”.

⁹⁵² Y precisamente, es en ese sentido que la P. 5.14.3 es citada por algunos autores del siglo XIX. FERNÁNDEZ DE LA HOZ, por ejemplo, la utiliza como base para afirmar, a propósito del pago de las obligaciones, que “[p]ara que la paga surta el efecto de estinguir [*sic*] la obligación debe ser total y exacta, lo cual se verifica pagando toda la

texto dos cosas: *la primera*, que “el pago debe hacerse en las mismas cosas que se deben” ⁹⁵³; *la segunda*, y más importante en lo que aquí interesa, es que siendo posible el hecho prometido, “el deudor no quedará libre pagando el *id quod interest*”; de lo que se desprende, a su vez, que siendo posible la obligación, se puede compeler al deudor a su cumplimiento, y que el deudor no puede elegir entre el cumplimiento específico y la indemnización de daños ⁹⁵⁴.

cantidad adeudada y cumpliendo al hacer el pago todos los requisitos espresados [sic] en el contrato y los que la ley y la costumbre tienen establecidos, pues no lo haciendo así no está obligado el acreedor á recibirla” [FERNÁNDEZ DE LA HOZ, *Código civil*, p. 177]. Y SÁNCHEZ DE MOLINA cita esta ley para aplicarla específicamente a la obligación de hacer, señalando que “si la obligación consistiese en un hecho y el deudor no pudiera prestarle del modo convenido debe cumplir del mejor modo posible, según albedrío del juzgador, indemnizando al acreedor de los daños y perjuicios que le ocasione la falta de cumplimiento en la forma estipulada” (SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J., *El derecho civil español, en forma de código*, Madrid, 1871, p. 274).

⁹⁵³ ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Instituciones*, p. 316.

⁹⁵⁴ Esa explicación se puede hallar ya en la glosa de Gregorio LÓPEZ (1496-1560) a la P. 5.14.3, señalándose, además, que esa solución es contraria a la mayoritariamente admitida por los juristas medievales y que, además, la solución del Derecho español encuentra apoyo en la legislación canónica. Originalmente, en la glosa 4 de la P. 5.14.3: “*Innuit, quod si posset facere, cogitu praecise facere, & non liberatur solvendo interesse [...] non procedet communis opinio Bart. & aliorum dicentium quod in obligationibus facti regulariter succedat obligatio ad interesse [...] corrobatur, quia de aequitate canonica obligatus ad factum si adimplere potest praecise, potest compelli* [texto tomado de *Las siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el sabio, glossadas por el Sr. D. Gregorio López* (con indicación en el título de que se reimprime la glossa del Sr. López por el tenor de la edición de salamanca del año 1555), por el Dr. D. José Berni y Catalá, Valencia, 1767]. En la versión de SANPONS BARBA *et al.*, esta glosa de LÓPEZ se recoge, traducida al español, en la glosa 11 de la P. 5.14.3: “[l]uego, si se puede cumplir lo mismo que prometió, no quedará libre pagando el *id quod interest* [...] por consiguiente por nuestro derecho no será admisible la general opinión de Bart. y otros, a saber, que se convierte por lo regular en la de daños e intereses la obligación de hacer [...] en apoyo de ella [de la solución adoptada por *Las Partidas*] viene la equidad canónica, al tenor de la cual, el que se obligó puede ser compelido a verificar lo mismo que prometió, mientras no haya venido a hacer imposible”.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

[280] Por último, la posición favorable a la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento de la obligación de hacer, en los términos pactados se apoya también en la P. 3.27.5. Esta *ley* se encuentra a propósito del cumplimiento de las sentencias. Por tratarse de una norma de carácter procesal, y no de Derecho sustantivo, corresponde tratarla en el siguiente apartado.

[281] Expuestos los argumentos tanto *en contra* de la posibilidad de exigir al deudor el cumplimiento, como *a favor* de ello, conviene destacar que ninguna de esas dos posiciones doctrinales se apoyan o son contrastadas con jurisprudencia.

En efecto, de todos los autores a los que se ha hecho referencia en las páginas anteriores, los únicos que citan jurisprudencia del Tribunal Supremo son ELÍAS/DE FERRATER, quienes, tras afirmar que la obligación de hacer “se convierte en una de indemnizar daños”, apuntan la “STS de 18 de marzo de 1863”, sin mayor explicación.

Revisada la *Colección Legislativa de Sentencias del Tribunal Supremo* del año 1863, la única sentencia de dicha fecha lo fue en Casación, dictada por la Sala de Indias ⁹⁵⁵. Y si bien en ella se cita efectivamente las mismas *leyes* de *Las Partidas* a las que se ha hecho referencia antes (P. 5.11.13 y P. 5.11.35), no parece posible afirmar que, en este caso, el Tribunal Supremo niegue el derecho del acreedor a insistir en el cumplimiento específico, porque en el caso, el demandante-acreedor no solicitó el cumplimiento

⁹⁵⁵ *Colección Legislativa. Sentencias del Tribunal Supremo*, Edición oficial, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1983, n. 63, p. 215.

específico (cumplimiento que era materialmente posible) sino que lo que solicitó fue una indemnización de daños ⁹⁵⁶.

2. LA EXISTENCIA Y LA NATURALEZA DE LAS VÍAS PROCESALES DE APREMIO CONTRA DEL DEUDOR

[282] Junto a los anteriores argumentos de Derecho sustantivo, puede afirmarse que el otro gran factor que incide en la distinta percepción de los autores del siglo XIX sobre la posibilidad, o no, de obtener del deudor el cumplimiento específico de la obligación de hacer, es la existencia y la naturaleza de vías procesales de apremio contra aquél, en la fase de ejecución. En este sentido, como es sabido, el

⁹⁵⁶ El caso fue el siguiente: En *junio de 1856*, la junta de accionistas de una sociedad (A) decidió nombrar a B como director, quien aceptó el cargo, en el caso que el Rey admitiera su renuncia a ciertos cargos, renuncia que B presentó a los pocos días. No obstante, la renuncia a estos cargos fue aceptada en *septiembre de 1858*, y se le comunicó de ello en *noviembre de 1858*. B comunica a A que entrará en el cargo de director a partir del 1 de enero del año siguiente. Considerando el tiempo transcurrido (algo más de dos años), se celebró una nueva junta de accionistas, que acordó no otorgar el cargo a B. B no demandó que se le permitiera ocupar el cargo, sino que pidió una indemnización por los “daños y perjuicios que se causaron en sus intereses, reputación y crédito” y por “el sueldo perdido”. La compañía se defendió señalando que el cargo no tenía un plazo predeterminado, sino que era cargo de confianza y que, por tanto, tenía facultad para nombrar y destituir a los directores en cualquier momento. En primera instancia se acogió la demanda; pero en segunda se revocó la sentencia. De ahí que B planteó recurso de casación, señalando como infringidas, entre otras, la P. 5.11.13 y P. 5.11.11. El Tribunal Supremo resuelve a su favor, sentando esta doctrina: “*Que según los preceptos establecidos en las leyes 11 y 35 del título 11 de la Partida 5.ª, y en la 1.ª tít. 10 de la Novísima recopilación, pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión o por algún contrato o en otra manera, esta obligado a cumplir lo que prometió o a pagar, si no lo verificare, los daños y perjuicios ocasionados a aquel a cuyo favor se obligó*” [cdo. 1.º, aunque no están numerados]. Como se ve, en este caso no hay ningún pronunciamiento sobre el derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico; el Tribunal Supremo sólo se afirma el derecho del acreedor de ser resarcido en caso de incumplimiento [*Colección Legislativa de Sentencias del Tribunal Supremo*, Madrid, 1863, pp. 192-195].

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

siglo XIX estuvo marcado por una sucesión de regulaciones procesales. En la primera mitad del siglo, la principal regulación del procedimiento ejecutivo se encuentra en *Las Partidas*. En la segunda parte del siglo XIX ve la luz la primera Ley de enjuiciamiento civil, de 1855, que fue reemplazada, casi tres décadas más tarde, por la Ley de enjuiciamiento civil de 1881.

a) La primera mitad del siglo XIX: *Las Partidas*

[283] Siendo *Las Partidas* la principal regulación del procedimiento ejecutivo hasta la entrada en vigor de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, no es de extrañar que, entre los autores del siglo XIX que afirman que es posible compeler al deudor al cumplimiento se cite, en su apoyo, a la P. 3.27.5⁹⁵⁷. Esta ley (que está dentro del *Título* que trata de *Como los Juyzios, que son valedereos, deven ser cumplidos, e quien los puede cumplir*) señala:

“[...] si la sentencia fuesse contra el demandado en razon de alguna cosa que deviesse fazer, develo apremiar que la faga assi como fue puesto, o lo prometio”.

De esta ley se desprende con claridad que es posible *obtener una condena* “a hacer algo”, y que el deudor puede, en tal caso, ser “apremiado” al cumplimiento de dicha condena. No obstante, hay que

⁹⁵⁷ Así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, quien además agrega que, según la P 5.6.5, “para que la obligación de hacer no cumplida se convierta en la de abonar daños y perjuicios, es necesario presuponer engaño” (*Códigos o estudios*, t. 4, p. 56). Según el autor, el medio propuesto en el Proyecto de Código [el autor se refiere aquí al art. 1088 PCC de 1851, transcrito *supra* nota 927] se considera como el “mejor en la práctica” (p. 59).

tener presente: *i)* que no se especifican cuáles serían los medios por los que se puede compeler al deudor en este caso (a diferencia de lo que ocurre cuando la sentencia condena al pago de una suma de dinero o a entregar ciertas cosas, caso en el cual se dice expresamente que pueden tomarse los bienes por la fuerza) ⁹⁵⁸; y *ii)* que se ha sugerido que por “apremiar” debe entenderse aquí “que se dejaba a la discreción del juez el señalamiento del plazo oportuno para que el ejecutado cumpliera, bajo apercibimiento de realización forzosa de los bienes”, y, por tanto, “apremiar” no implicaría la posibilidad del juez de emplear ciertas medidas de apremio contra el deudor, como la prisión o la toma de ciertos bienes ⁹⁵⁹.

⁹⁵⁸ Para el caso en que la condena consista en la entrega de un cuerpo cierto, la P. 3.27.3, dentro del mismo *Título*, establece: “*entonce deven cumplir el juyzio en aquella cosa misma, de qual natura quier que sea*”; y para los casos de condenas dinerarias, el orden de los bienes en los que se debe cumplir la condena (primero, deben tomarse los muebles, luego, y sólo a falta de éstos, los inmuebles). La *ley* 2 de ese mismo *Título* señala que estas cosas (bienes que deben entregarse o venderse), si no son entregadas voluntariamente, lo pueden ser por la fuerza (con *omes armados*).

⁹⁵⁹ En este sentido, CARBALLO PIÑEIRO, quien afirma a continuación que la ejecución “se ceñía a la ejecución forzosa de los bienes” [CARBALLO PIÑEIRO L., “Aspectos históricos de la ejecución de condenas no dinerarias (2.ª Parte): del período visigodo a nuestros días”, *Dereito*, v. 12, n. 1, 2003, p. 18]. En este punto, hay que tener presente, que en la época de *Las Partidas* se admitían como medios de presión para obtener el cumplimiento de las obligaciones, tanto el arresto del deudor como la toma de ciertos bienes, aunque se trata de medidas que se aplicaban de forma limitada. En relación con la prisión, la misma autora explica que en *Las Partidas* queda sólo como un medio subsidiario, “una prisión-servidumbre” en caso de insolvencia o de que los bienes cedidos no alcanzasen a satisfacer los créditos [*ibid.*, p. 20]. En relación con la segunda de estas vías (toma de cierto bienes), hay que considerar que “las prendas hechas de bienes raíces o muebles, y tomadas legítimamente, eran un medio autorizado por las leyes Góticas y observado constantemente en Castilla en lugar de prisiones, para obligar a los hombres a cumplir sus contratos y obligaciones [...] con todo [...] los legisladores [...] prohibieron rigurosamente el uso de preñar, siempre que la persona obligada diera fiador de cumplir de derecho y que el acreedor o quereloso jamás pudiera hacerlo por sí mismo” (MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*, p. 151).

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

[284] Para saber si en este período –la primera mitad del siglo XIX– se admitía o no el uso de ciertas vías de apremio, es conveniente recurrir a la doctrina procesal. Si tomamos como referencia el principal tratado de Derecho procesal de comienzos del siglo XIX –*La Curia Philipica* de DE HEVIA BOLAÑOS ⁹⁶⁰– parece posible afirmar que el acreedor no sólo podía, en ciertos casos, obtener una sentencia que condenase al deudor a ejecutar la prestación de hacer ⁹⁶¹; sino que además era posible despachar el mandamiento de ejecución ordenando hacer algo “bajo apercibimiento de” emplear ciertas vías de apremio, a saber: prisión, secuestro y toma de bienes ⁹⁶².

⁹⁶⁰ Se trata de un texto que data de comienzos del siglo XVII (la primera edición vio la luz posiblemente en 1603), pero que fue reeditado en varias ocasiones durante los siglos XVIII y XIX. En el siglo XIX, seguía considerando un texto básico de Derecho procesal. De hecho, hay una reimpresión oficial, ordenada por el Supremo Consejo de Castilla, de 1797 (que es la que utilizo en las citas que siguen), y luego otra en 1825, además de una reimpresión de 1841). Para una presentación general de esta obra y de su autor, véase CORONAS, S. M., “Hevia Bolaños y la *Curia Philippica*”, *AHDE*, n. 77, 2007, pp. 77-93). Por último, conviene tener presente que si bien la autoría de DE HEVIA ha sido puesta en tela de juicio a lo largo de la historia, hoy, plantea CORONAS, “este debate puede darse por resuelto a favor de Hevia una vez despejadas ciertas dudas sobre su personalidad y la naturaleza de su obra” (*ibíd.*, p. 77).

⁹⁶¹ “El instrumento [se refiere a “título ejecutivo”] en que se promete hacer algun hecho, trae aparejada execucion, asi en quanto á la compulsion de hacerle precisamente en los casos que há lugar, como en quanto a la estimación é intereses”. Y sigue luego: “La obligación del hecho regularmente es alternativa de hacerle, ó pagar la estimación, ó interés, á la elección del que se prometió hacer, salvo que puede ser apremiado á hacerlo precisamente en [ciertos] [...] casos” (DE HEVIA, *Curia Philipica*, p. 115). Estos casos son los siguientes: “[e]l primero, quando el hecho se debe hacer en Juicio para algún caso de él. El segundo, quando por ley hay obligación de hacerle. El tercero, quando es a favor de la República, como para usar en ella algún oficio, ó arte, ó otra cosa semejante, ó quando por testamento se manda al heredero, ó legatario hacerle a favor de la República. El quarto, quando es sobre acción Real, para el entrega de alguna cosa. El quinto, quando se jura de hacerle [...] El sexto, quando por instrumento ejecutivo fue prometido o hay obligación de hacerle” (*ibid.*, p.115).

⁹⁶² Vale la pena reproducir las palabras de DE HEVIA: “[q]uando se trata de algún hecho personal, que hay obligación precisa de hacer la persona, ó depósito que se debe

b) La segunda mitad del siglo XIX: Leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881

[285] Asumiendo que lo que se ha dicho hasta ahora era el estado de cosas en la primera mitad del siglo XIX, no es fácil determinar con certeza si la entrada en vigor de la *Ley de enjuiciamiento civil de 1855* supuso o no un cambio.

Y es que, aun cuando es claro que bajo la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 era posible que la sentencia condenase al demandado a hacer alguna cosa ⁹⁶³, esa Ley de enjuiciamiento *no contemplaba vías de apremio* sobre la persona o los bienes del deudor para compelerle a cumplir con dicha condena, *no, al menos, de forma expresa*. En efecto, ni la prisión, ni la toma de bienes (ni otras posibles medidas de apremio, como por ejemplo, la imposición de multas) aparecen sancionadas expresamente como posibles vías para compeler al deudor a ejecutar el hecho debido. La norma rectora en esta materia era el art. 895 LEC de 1855, que *únicamente* señalaba: “[s]i la sentencia contuviere condena de hacer o no hacer, se procederá a darle cumplimiento empleado los medios necesarios al efecto”.

Qué es lo que implicaba esa afirmación del art. 895 LEC de 1855, es algo que no resultaba evidente para la doctrina española de la época. Para

entregar, ó restituir, ha de ser compelida a ello, por prisión, sequestro, y toma de bienes, y siendo necesario, venta y remate de ellos, hasta que lo cumpla” (*Curia Philipica*, p. 132, a propósito del mandato de ejecución).

⁹⁶³ Surge así del texto del art. 896 LEC de 1855: “Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliera con lo que se le ordene [...]”.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

algunos, ese artículo autorizaba al juez para utilizar *cualquier medida* que considerase adecuada en pos de obtener el cumplimiento [en este sentido, MANRESA/REUS (1869)] ⁹⁶⁴. Para otros, en cambio, se trataba de una mera declaración general, siendo necesario recurrir a lo dispuesto en los artículos inmediatamente siguientes para concretar la declaración general (en este sentido, HERNÁNDEZ DE LA RÚA (1856)) ⁹⁶⁵. Hay que considerar que el artículo siguiente (art. 896 LEC de 1855) disponía que tratándose de obligaciones de hacer, si el deudor no cumplía dentro del plazo que el juez le señalaba, la prestación “*se ejecutará a su costa*”, o bien, si el hecho era personalísimo, “*se entenderá que [el deudor] opta por el resarcimiento de perjuicios*” ⁹⁶⁶.

⁹⁶⁴ MANRESA/REUS consideran que, en este art. 895 LEC de 1855, esos medios “[se dejan] [...] a prudencia y criterio del Juez, el cual procurará que sean los mas adecuados al efecto, evitando toda dilación, vejación y gasto que no sea de absoluta necesidad” (MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a/REUS Y GARCÍA, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Madrid, 1869, t. 4, p. 178). En este mismo sentido, en la doctrina moderna, se pronuncia CARBALLO PIÑEIRO (2003) p. 26.

⁹⁶⁵ HERNÁNDEZ DE LA RÚA, comentando este art. 895 LEC de 1855, señala: “*este precepto en fuerza de la generalidad de los términos en que está concebido nada dice ¿Qué medios son los que han de emplearse? Esto es lo que interesa saber, porque en la elección estriba la dificultad*” (HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1856, t. 4 p. 103; cursivas añadidas). Y tras ello, el autor lo que hace es analizar cuáles son los medios que pueden emplearse, que para el caso de obligaciones de hacer, entiende este autor son únicamente los que estaban contemplados en el art. 896 LEC de 1851 (véase la nota siguiente).

⁹⁶⁶ Art. 896 LEC de 1855: “*Si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliera con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia, dentro del plazo que el Juez al efecto señale, se ejecutará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiese verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios*”.

HERNÁNDEZ DE LA RÚA, comentando los arts. 895 y 896 LEC de 1851 señala: “no podía menos la Ley de enjuiciamiento de aceptar todo aquello que está en el orden natural de las cosas. ¿Cómo había de prescindir del principio que reconoció la jurisprudencia al declarar, *ad factum nemo tenetur*? ¿Cómo había de contradecir el principio, *factum infectum fieri nequit*? Tuvo, pues, que respetar esas verdades, y que dictar reglas que acomodándose a ellas, supliesen lo que la parte no quería hacer, o que hecho no podía

El texto del art. 944 LEC de 1855 parece corroborar la segunda interpretación que se hacía del art. 895 LEC 1855 –esto es, que el juez *no estaba autorizado* para emplear cualquier medida de apremio– porque aquél art. 944 LEC de 1855 disponía que “*la ejecución no puede despacharse sino por cantidad líquida*”⁹⁶⁷. A ello, se suma el hecho de que, entre las reglas destinadas a regular el procedimiento de apremio, no se contemplaba ninguna referencia a la ejecución de obligaciones no dinerarias, ni se contemplaban vías indirectas de apremio⁹⁶⁸.

[286] Creo que es bastante claro que la *Ley de enjuiciamiento civil de 1881* recogió la expuesta segunda interpretación del art. 895 LEC de 1855. El art. 923 LEC 1881 expresaba: “[s]i la sentencia contuviera

deshacerse” (*Comentarios*, t. 4, p. 102). MANRESA/REUS vinculan la primera vía, la ejecución a costa del deudor, con la P. 3.27.5; y la segunda, el cumplimiento por equivalente, con P. 5.14.3 (*Ley de enjuiciamiento*, t. 4, p. 179).

⁹⁶⁷ Esta solución estaba en sintonía con la recogida en el art. 307 de la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830 (en adelante, LENCC): “*El procedimiento ejecutivo no puede recaer sino sobre cantidad numeraria, determinada y líquida*”. Es más, el art. 309 LENCC señalaba que “*cuando la deuda consista en efectos de comercio, se liquidará su equivalencia en numerario por los precios del mercado de la plaza [...]*”, de lo que se desprende que, una vez reconocido el derecho del acreedor (en el caso, el derecho a ciertas mercaderías), la obligación del deudor se convertía, en fase de ejecución, en una obligación dineraria por el equivalente dinerario.

⁹⁶⁸ De hecho, toda la regulación gira sobre la base del embargo y la venta de bienes del deudor. Es cierto que uno puede pensar en algunos supuestos que, desde cierta perspectiva, podrían ser calificables como de “cumplimiento específico” de una obligación, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad de obtener la restitución del bien raíz arrendado (a través del lanzamiento en un juicio de desahucio; art. 636 y ss. LEC de 1851; por incumplimiento de la obligación “contractual” de restituir la cosa arrendada), o la posibilidad de que el juez dicte un interdicto de obra nueva (art. 738 y ss. LEC de 1851; que quizás podría intentarse en caso de incumplimiento de una obligación contractual de no hacer, aunque se trata de una acción de alcance general); pero, creo que se trata de casos específicos, que más bien se fundan en la protección de la propiedad, y en todo caso, ninguno de ellos corresponde a contratos de servicios. Lo mismo puede decirse de la regulación del juicio ejecutivo en la LENCC.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto”, agregando, al final: “y que se expresan en los artículos que siguen”.

Por su parte, el art. 924 LEC de 1881 señalaba, tal como disponía el anterior art. 896 LEC de 1855, que *“si el condenado a hacer alguna cosa no cumpliera con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho no pudiera verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios”.*

Así, pues, bajo la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, resultaba bastante claro que *no era posible compeler al deudor*, a través de vías directas o indirectas de apremio, al cumplimiento *in natura* de una obligación de hacer, y que la pretensión de cumplimiento específico se traducía, *respecto del deudor*, en una obligación monetaria, que podía ser, según el caso, la de asumir los costes de la ejecución por un tercero (prestación no personalísima) o la de indemnizar los perjuicios (prestación personalísima).

Y esta fue, desde entonces, la interpretación que del sistema adoptado en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, hizo la doctrina española de forma constante: así, si la obligación de hacer era fungible, o no personalísima, entonces la única vía posible de ejecución era la ejecución por tercero a costa del deudor ⁹⁶⁹; y si el

⁹⁶⁹ Por todos, VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995, p. 288. Es interesante notar

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

hecho era personalísimo, entonces sólo había lugar a indemnización de perjuicios (identificándose, así, la noción de no fungibilidad con la de incoercibilidad)⁹⁷⁰. De ahí que se afirme, por parte de la doctrina procesal moderna, que la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 recogía la máxima *nemo potest praecise cogi ad factum*⁹⁷¹.

[287] *Para terminar.* Esta solución de la LEC de 1881 es *consistente* con la que, algunos años más tarde, adoptó el Código civil español en su art. 1098, precepto que todavía sigue en vigor (*“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa./ Esto mismo se*

que no era claro que dicha vía de ejecución –la de cumplimiento por tercero a costa del deudor– pudiera ser calificada como una vía de cumplimiento específico. En este sentido, el mismo autor constata que “hay quien considera que la ejecución es al mismo tiempo específica (funcionalmente) y genérica (estructuralmente). Resulta específica para el ejecutante porque recibe la prestación debida y establecida en el título, aunque sea efectuada por persona distinta del obligado. Resulta genérica, por el contrario, para el ejecutado, porque deberá pagar una cantidad (sustitutiva) de dinero” (*ibíd.*, p. 288). En opinión de VERDERA SERVER “estos supuestos pueden encuadrarse dentro del marco de la tutela satisfactoria o específica. Se trata de la respuesta del ordenamiento jurídico a la violación de un derecho, que resulta encausada a través de un mecanismo que prescinde de la voluntad del deudor. Y sobre todo, pretende conferir al acreedor justamente la prestación debida, y no una suma equivalente a los daños que se han ocasionado” (*ibíd.*, pp. 289-290).

⁹⁷⁰ Así por ejemplo, en el AAP de Barcelona (Sección 15) de 1 de febrero de 2000 se consideró que la condena que ordenaba el cumplimiento de un contrato de suministro, imponiendo al demandado la obligación de recibir y vender el combustible suministrado por el demandante en exclusiva, era de obligación de hacer personalísima, y por tanto, “*infungible o incoercible (nemo praecise cogi potest ad factum)*” (RJ 4.º) y que “*no puede imponerse en forma específica*” (RJ 5.º) [(195/2000) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. R. Ferrandiz Gabriel].

⁹⁷¹ En este sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Irgium, Madrid, 2001, p. 426, nota 44; y MORENO CATENA, V., “Algunos problema de la ejecución forzosa”, *AFDUAM*, n. 5, 2001, pp. 197-198.

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

*observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”*⁹⁷².

Y, esa regulación de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (en particular, la de su art. 924) incidirá importantemente en la forma en que la doctrina civil española tratará el derecho del acreedor al cumplimiento específico de las obligaciones de hacer durante todo el siglo XX⁹⁷³.

La posibilidad de compeler al deudor mediante el uso de ciertas vías de apremio, a fin de que realice la prestación contractual de hacer debida, es una posibilidad que *reaparecerá* en el Derecho español más de un siglo después, con la nueva Ley de enjuiciamiento civil del año 2000. En efecto, una de las principales

⁹⁷² Aunque bien puede considerarse como el antecedente más próximo de ambas regulaciones (de la LEC y del CC) el art. 1088 PCC 1851 (transcrito *supra* nota 927). Conviene apuntar que la influencia del *Code civil* en el *Proyecto de Código civil de 1851* es, en este punto, evidente. Aun cuando el art. 1088 PCC de 1851 no reproducía exactamente el texto del 1142 del CC francés [recordemos que el art. 1142 *Code* señala que “*toda obligación de hacer y de no hacer se resuelve en indemnización de daños*”, reflejando la máxima *nemo potest praecise cogi ad factum*] el criterio de solución que está a la base es el mismo. Así lo constata GARCÍA GOYENA, quien, precisamente comentando el art. 1008 PCC de 1851, pone de relieve que su primera parte reproduce el art. 1144 *Code civil* (transcrito *supra* nota 869) y que, además, debe leerse en relación con el art. 1142 *Code civil*. Además, apunta GARCÍA GOYENA que “[e]l artículo primitivo del proyecto venía conforme al 1142 Francés, pero sufrió contradicciones, y el resultado fue no resolver esta cuestión con la debida claridad; sin embargo [...] posteriormente [...] decidió la Comisión que no pueda ser compelido el deudor para hacerlo por sí mismo en el sentido del artículo Francés” (*cfr. Concordancias*, 1852, t. 3, pp. 46-47). Como se ha dicho, el mismo autor destaca que la solución del Derecho Patrio (por referencia a ciertas *leyes de Las Partidas*) es más clara, y que admite la posibilidad de compeler al deudor (véase *supra* nota 931).

⁹⁷³ Creo que es posible afirmar que, para la doctrina civil española, el estudio del cumplimiento específico como remedio frente al incumplimiento tiene un marcado tinte procesal, y de hecho, se considera por parte de la doctrina que su estudio en profundidad corresponde al Derecho procesal. De ello doy cuenta en el siguiente capítulo.

novedades de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 en materia de ejecución es que incorpora al Derecho español la *astreinte* o multa coercitiva (art. 699 y ss. LEC). Cómo incide ello a la hora de describir el remedio de cumplimiento específico en la actualidad es, en parte, el objeto del estudio del siguiente capítulo (especialmente, *infra* [314] y ss.).

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[288] Del estudio del que se ha dado cuenta en este capítulo, creo que es posible concluir que:

1. La idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer *no aparece admitida con claridad en la doctrina española del siglo XIX*.
2. Aunque la posición favorable a reconocer al acreedor un derecho a compeler al deudor al cumplimiento específico se funda en algunas normas de Derecho sustantivo (por referencia a ciertas *leyes de Las Partidas*), da la impresión, *que es la existencia de vías procesales de coacción* (en esa época, la toma de bienes y la prisión) *las que sirven de principal argumento a esa posición favorable*.
3. La posibilidad de emplear estas vías procesales de apremio es, al parecer, *admitida en la primera mitad del siglo XIX*. Pero, *esta posibilidad desaparece en la segunda mitad del siglo XIX*. En este sentido, puede discutirse si la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento fue eliminada con la entrada en vigor de la Ley de

8. La idea de un derecho al cumplimiento específico... siglo XIX

enjuiciamiento de 1855. En cambio, sí es claro que la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 no contempló esa posibilidad. La Ley de enjuiciamiento civil de 1881 sólo contempló, como únicas vías de ejecución de obligaciones de hacer, el que la prestación se mande ejecutar a costa del deudor (hacer no personalísimo) y la indemnización de perjuicios (hacer personalísimo).

CAPÍTULO 9

El cumplimiento específico de la obligación contractual de hacer en el Derecho español vigente: perspectivas sustantiva y procesal

I. INTRODUCCIÓN

[289] La forma en la que la doctrina civil española aborda el estudio del cumplimiento específico⁹⁷⁴ *se caracteriza por una remisión al Derecho procesal*, remisión que parece partir de la base de que existe una relación de *complementariedad necesaria* entre lo dispuesto en los art. 1094 y ss. CC y la regulación contenida en la Ley de enjuiciamiento civil sobre ejecución forzosa (Libro III LEC, art. 517 y ss.)⁹⁷⁵.

⁹⁷⁴ La doctrina civil española aborda este tema bajo diversas denominaciones: “pretensión de cumplimiento”, “cumplimiento forzoso”, “cumplimiento *in natura*”, “ejecución forzosa”. Sobre estas diferentes denominaciones y su alcance, véase, VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, p. 21 y ss.; y valga lo dicho *supra* [197] y [230].

⁹⁷⁵ Es sintomático el que L. DíEZ-PICAZO, en sus *Fundamentos II*, dedique menos de tres páginas al cumplimiento forzoso de la obligación, y que en ellas básicamente reproduzca las normas de la LEC 2000 (pp. 777-779). Vale la pena reproducir sus palabras en este punto: “[e]n toda obligación existen como indispensables elementos el débito y la responsabilidad, que es la situación de sumisión [del patrimonio del deudor] al poder coactivo del acreedor, con el fin de que aquél logre la satisfacción de su interés en la obligación. En las sociedades organizadas, este poder coactivo tiene

[290] Esa remisión o referencia al Derecho procesal es también la forma en la que suele abordarse el estudio del *cumplimiento específico de las obligaciones de hacer*, tanto en los textos generales⁹⁷⁶, como en

que realizarse judicialmente y a través de un procedimiento, que es el proceso de ejecución [...] [e]l estudio pormenorizado de esta materia corresponde al Derecho procesal [...] [l]as reglas centrales en esta materia se encuentran contenidas en los arts. 1094-1099 CC y en los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativos a la ejecución, arts. 517 y ss.” (ibíd., pp. 777-778; cursivas añadidas). En términos similares, por ejemplo, DE PABLO CONTRERAS: “[c]uando el deudor no quiere o no puede cumplir con su deber de prestación, el ordenamiento concede al acreedor los pertinentes remedios, encaminados a que aquélla, pese a todo, ingrese en su patrimonio (*in natura* o, en otro caso, mediante el pago de su equivalente en dinero). A tal fin, el Derecho procesal previene los oportunos mecanismos de ejecución forzada de la prestación (arts. 517 y ss. LEC)” [en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.) *Curso de Derecho civil II* (Capítulo 5) p. 187; cursivas añadidas]. Y también en un sentido parecido, ESTEBAN DE LA ROSA/GÓMEZ VALENZUELA, quienes explican: “[l]a acción de cumplimiento persigue que la parte, que ha incumplido la obligación, proporcione una solución al acreedor, a ser posible, con la misma prestación objeto de la obligación, que puede tratarse de dar, hacer o no hacer. De ahí que su concreto tratamiento en el derecho de obligaciones sea el de pretensión de cumplimiento. Y que, por ello, su regulación se encuentre (en el Derecho español, así como en otros sistemas jurídicos) a caballo entre la normativa sustantiva (CC) y procesal (LEC)” [(2013) p. 1598; cursivas añadidas].

Cabe destacar que esta remisión *es recíproca*: también la doctrina procesal suele remitirse, al tratar las reglas de ejecución de las sentencias, a las mentadas normas del Código civil. Ello se explica, en parte, porque las reglas procedimentales descansan sobre una serie de categorías cuya elaboración corresponde a la doctrina civilista (cfr. VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso*, pp. 24-25). La principal de esas categorías es la distinción entre hacer personalísimo y no personalísimo (sobre el punto, *infra* [311]).

Por último, cabe destacar que la idea de que las reglas del Código civil deben complementarse con las de la LEC no es una idea que se restrinja al remedio del cumplimiento específico, sino que se extiende a todo el sistema de remedios frente al incumplimiento. En este sentido se ha dicho, por ejemplo, que las bases normativas *de todos los remedios frente al incumplimiento* “están desperdigadas por el CC y por la LECiv, sin que obedezcan a una lógica interna, por lo que el sistema debe reconstruirse por el intérprete” [CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010, p. 1047].

⁹⁷⁶ Ya entre los primeros comentaristas del Código civil, y a modo de ejemplo, SCAEVOLA, *Comentarios del Código civil*, t. 19, pp. 431-432 (en el comentario del art. 1098). También se refiere a las normas procesales MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario del artículo 1098”, en ALBADALEJO, M. (dir.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978, t. 15, v. 1, p. 332; y más recientemente, por ejemplo, SANTOS BRIZ, J., “Comentario del artículo 1098”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.)

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

los –por cierto relativamente escasos– trabajos referidos particularmente al cumplimiento específico⁹⁷⁷. A modo de ilustración de

Comentario del Código Civil, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, t. 6, pp. 123-128; y VERDERA SERVER, R., “Comentario del artículo 1098”, en CAÑIZARES, A./DE PABLO, P./ORDUÑA, J./VALPUESTA, R., (dirs.) *Código civil comentado*, Thomson-Civitas Aranzadi, Navarra, 2011, v. 3, pp. 1289-1291. Téngase presente que, por su fecha, la referencia en los dos primeros trabajos citados es al art. 924 LEC de 1881; en los dos últimos, lo es a las normas de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000.

⁹⁷⁷ Así es como se aborda el tema del cumplimiento forzoso en el conocido trabajo de MORENO QUESADA, B., “Problemática de las obligaciones de hacer”, *RDP*, n. 60, 1976, pp. 470-502 (en lo que interesa, especialmente, p. 494 y ss.), trabajo que se considera pieza clave para el estudio de las obligaciones de hacer en el Derecho español [en palabras de ÁLVAREZ VIGARAY: “monografía [que] es, y continuará siendo durante bastantes años, el mejor trabajo sobre el tema, publicado en castellano” (en el Prólogo del libro de LEDESMA MARTÍNEZ, M.^a J., *Las obligaciones de hacer*, Comares, Granada, 1999, p. 13)]. Es también el mismo enfoque que adopta VERDERA SERVER en su monografía *El cumplimiento forzoso*. Al tratar el cumplimiento de las obligaciones de hacer, no sólo se remite a las normas Derecho procesal, sino que las estudia con cierta profundidad (de ello trata el capítulo 10 de la monografía, p. 271 y ss.). También adopta este enfoque MANRIQUE DE LARA MORALES, J., “La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible”, *ADC*, n. 54, 2001 (3) pp. 1165-1224; si bien en este trabajo el enfoque está puesto únicamente en la obligación de hacer *infungible o personalísima* (y además, considérese que una parte importante de su estudio es sobre Derecho comparado, siendo la parte dedicada al Derecho español relativamente pequeña). Conviene apuntar que *todos estos trabajos son anteriores a la entrada en vigor de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000*, y por tanto, en ellos la referencia es a la LEC 1881, principalmente, a su art. 924 [aunque el trabajo de MANRIQUE DE LARA (2001) contempla, al final, un *addenda* que da cuenta brevemente del sistema adoptado en la LEC 2000].

En los trabajos publicados *tras la entrada en vigor de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000*, el enfoque es el mismo: se trata del remedio del cumplimiento específico de la obligación de hacer; o más ampliamente, de la obligación no dineraria, con la obligada referencia a la LEC. En efecto, este es el enfoque que adopta DOMÍNGUEZ LUELMO, “Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.) *Estudios de derecho de obligaciones de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 557-586 (de lo que doy cuenta de inmediato en el cuerpo del texto, y en la nota siguiente). Es también el enfoque que adopta MORALES MORENO, al tratar de la pretensión de cumplimiento y de la pretensión indemnizatoria. El autor dedica parte de dicho estudio a desentrañar la naturaleza de las medidas de ejecución de las obligaciones no dinerarias, analizando los artículos 699 y ss. LEC 2000 (*La modernización*, p. 78 y ss.). También se refiere a esas normas de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, FENOY PICÓN, a fin de analizar su relación con las reglas que, sobre el remedio del cumplimiento específico, contiene la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos,

lo que se acaba de decir, considérense las palabras introductorias de DOMÍNGUEZ LUELMO, en un trabajo titulado, precisamente, “Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer” (2006):

“La finalidad principal de esta colaboración es poner de relieve la insoslayable necesidad de acudir a las reglas previstas en la Ley de enjuiciamiento civil para que el acreedor pueda exigir el cumplimiento del deudor, obteniendo previamente una Sentencia de condena [...] *[c]reo por ello que lo propio es utilizar la expresión «ejecución forzosa» y enfocar la cuestión en términos procesales, cuestión que en ocasiones no parece tan clara a los ojos de los civilistas*” ⁹⁷⁸.

[291] Así pues, da la impresión de que, a la hora de realizar un estudio sobre el remedio del cumplimiento específico en los contratos de servicio, resulta imprescindible tomar en consideración *dos grupos de normas*: las del Código civil *en materia de naturaleza y efecto de las obligaciones* (en particular, interesa el art. 1098 CC, que es el único artículo que, dentro de esa regulación, se refiere a las obligaciones de hacer) ⁹⁷⁹; y las normas de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de

del año 2009 [*infra* nota 1082], cuyo análisis es el objeto de estudio de su trabajo [(2011), p. 1533 y ss.].

⁹⁷⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO (2006) p. 558; cursivas añadidas. Conviene apuntar que el autor, en realidad, sólo dedica una parte de su trabajo a justificar la necesidad de acudir a las normas procesales; en el resto del trabajo, el autor lo que hace es analizar derechamente esas reglas de la Ley de enjuiciamiento civil sobre ejecución de condenas.

⁹⁷⁹ Hay, desde luego, algunas otras normas en el Código civil referidas a obligaciones de hacer, que están ubicadas en otros Títulos del Libro IV del Código civil: el art. 1161 CC, que dispone que el acreedor no puede ser compelido a recibir la prestación o el

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

ejecución de las obligaciones, en particular, las reglas sobre ejecución de obligaciones no dinerarias (art. 699 y ss. LEC)⁹⁸⁰.

La pregunta que surge es *cómo han de relacionarse dichos grupos de normas*, y en particular, si es razonable explicar el Derecho sustantivo a través de la referencia necesaria al Derecho procesal. Tras el estudio de esta materia, adelanto que mi opinión es que, *aun cuando puede predicarse cierta complementariedad* entre las normas del Código civil (en materia de efecto de las obligaciones) y las normas de la LEC (en materia de ejecución), *la relación que existe entre ellas es mucho más limitada de lo que parece desprenderse a primera vista*. A mi juicio, la forma en que se regulan los procedimientos de ejecución en la Ley de Enjuiciamiento civil puede, en el mejor de los casos, tener cierta *incidencia a la hora de optar* por el remedio de cumplimiento específico en caso de incumplimiento de una obligación de hacer. *Pero, la regulación sobre ejecución de la LEC no determina, ni tiene incidencia, en la posibilidad de que el acreedor de un contrato de servicio obtenga que*

servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación; el art. 1166 CC, que dispone que en las obligaciones de hacer no es posible sustituir el hecho por otro contra la voluntad del acreedor; y el art. 1184 CC, que dispone la extinción de la obligación de hacer en caso de que la prestación resulte física o legalmente imposible.

⁹⁸⁰ La regulación de la LEC adopta una distinción entre *obligaciones dinerarias* y *obligaciones no dinerarias*. En el contexto del objeto de este estudio –el derecho del cliente al cumplimiento específico en los contratos de servicio– interesa la regulación de las obligaciones *no dineraria*. Sin perjuicio que vuelvo sobre ello más adelante, conviene tener presente, desde ya, que la Ley de enjuiciamiento civil contempla procedimientos de ejecución diferenciados, según se trate de condenas no dinerarias de dar, de hacer y de no hacer; y por tanto, no todas estas reglas son de interés en el marco de este trabajo.

se condene al prestador del servicio al cumplimiento específico de la prestación incumplida.

Hay, creo, al menos *dos razones* que permiten fundar esa afirmación de entrada. *La primera razón* es que, en caso de incumplimiento por parte del prestador del servicio, el cliente no puede directamente acceder a *la ejecución*. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 520 LEC ⁹⁸¹, el cliente del servicio (acreedor de una obligación contractual de hacer) requiere, *en todo caso*, obtener previamente una sentencia de condena (u otro título ejecutivo “asimilado” al judicial)⁹⁸². *La segunda razón*

⁹⁸¹ Art. 520 LEC (*Acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales*): “1. Cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 50.000 pesetas (300 euros):/ 1.º En dinero efectivo./ 2.º En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente./ 3.º En cosa o especie computable en dinero./ 2. El límite de cantidad señalado en el apartado anterior podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado”.

⁹⁸² Cfr. MORENO CATENA, V. *La ejecución forzosa* [t. 4 de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V. (coords.), *La nueva Ley de enjuiciamiento civil*], Tecnos, Madrid, 2000, pp. 123-124. No modifica esta afirmación el hecho de que la LEC contemple un procedimiento monitorio, que tiene por objeto, precisamente, facilitar el acceso a la fase ejecutiva. (art. 812 y ss. LEC). Ello, porque este procedimiento monitorio sólo cabe tratándose de obligaciones dinerarias [sobre el punto, véase VEGAS TORRES, J., “Ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *Icade*, n. 50, 2000 (mayo-agosto), pp. 145 y ss.].

Sobre los títulos de acceso a la fase de ejecución, enumerados en el art. 517 LEC, véase, en general, MORENO CATENA, V. *La ejecución forzosa*, pp. 63-78; y en particular sobre la mentada diferencia que existe entre la ejecución de obligaciones dinerarias y las no dinerarias, véase, por ejemplo, MORENO CATENA (2001) pp. 191-192; y ALONSO RODRÍGUEZ, M.ª. Á., “Ejecución. presupuestos y disposiciones generales. Ejecución provisional”, *EJ*, 2003 (1), p. 755.

Por último, y en vinculación con este punto, conviene destacar que, si bien la enumeración de los títulos ejecutivos del art. 517 LEC no se considera una enumeración taxativa, *no se trata de un sistema abierto, sino que es un sistema de numerus clausus*: la creación de títulos ejecutivos es decisión del legislador [cfr. ALONSO RODRÍGUEZ (2003) pp. 758-762; ORTELLS RAMOS, M., “La ejecución forzosa civil. Tres

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

deriva de lo anteriormente dicho, y es una razón de pura lógica: el que se condene al deudor al cumplimiento específico de la obligación contractual de hacer depende de ciertas circunstancias, (principalmente, que el cumplimiento sea todavía posible, sobre ello vuelvo un poco más adelante), y es evidente que la *conurrencia de dichas circunstancias es algo que debe considerarse, en todo caso, al momento en que se dicta la sentencia de condena*. Dicho de otro modo, la previsión que pueda hacer el juez de instancia en relación con la posibilidad de que una sentencia de condena al cumplimiento específico vaya a ser cumplida, o no, en sus propios términos, *es irrelevante al momento de dictar sentencia* ⁹⁸³.

[292] En consideración de lo que se acaba de indicar, me parece que la pregunta por la existencia de un *derecho* al cumplimiento específico o *in natura* puede –y debe– analizarse *desde dos perspectivas* que, si bien son complementarias, *son diferentes*: una es la perspectiva *sustantiva*, otra es la perspectiva *procesal*. Desde la *perspectiva sustantiva*, la pregunta es: *¿puede el acreedor (cliente de un servicio)*

cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo”, RDUM, n. 22, 2013, pp. 109-115]. El *contrato no es título ejecutivo, y tampoco las partes no pueden darle este carácter* [cfr. por ejemplo, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa*, p. 72].

⁹⁸³ En este sentido, me parece evidente que la existencia de ciertas vías procesales de ejecución de las sentencias es un dato que el acreedor podría –y debería– tomar en cuenta a la hora de elegir, primero, si demanda o no demanda al deudor, y luego, si le conviene demandar o no el cumplimiento específico de la obligación incumplida. Pero, una vez que el acreedor elige demandar el cumplimiento específico, lo que eventualmente pueda ocurrir *después de la sentencia* lógicamente no puede ser considerado por el juez a la hora de pronunciarse sobre la pretensión del actor (sobre la incidencia de la imposibilidad de la ejecución de la obligación, según ella se produzca antes o después de la sentencia de condena, véase *infra* notas 1042 y 1043).

obtener que se condene al deudor a realizar la prestación en los términos pactados? Desde la perspectiva procesal, la pregunta es: ¿puede el acreedor (cliente de un servicio) obtener que esa eventual sentencia de condena sea cumplida en sus propios términos?

El presente capítulo se divide en dos partes, que abordan esas dos perspectivas.

II. LA PERSPECTIVA SUSTANTIVA: EL DERECHO DEL ACREEDOR A OBTENER UNA CONDENA AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

1. LA IDEA DE QUE EL ACREEDOR TIENE DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO, Y QUE ESTE ES EL REMEDIO PREFERENTE

a) El cumplimiento específico como efecto de la obligación. La perspectiva tradicional

[293] Como es sabido, la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación se ha considerado tradicionalmente como un *efecto* de ella⁹⁸⁴. Miradas las cosas desde este punto de vista, sostener que el acreedor tiene un “derecho al cumplimiento” no supone sino describir el carácter vinculante de toda obligación: la obligación, por su propia naturaleza, crea el correlativo derecho personal o crédito en el

⁹⁸⁴ Y, de hecho, no solo como un efecto más, sino como su efecto cardinal [*cfr.* por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, t. 3, pp. 234-235; PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *ADC*, n. 44, 1991, p. 1046; y MORALES MORENO (2013) p. 406].

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

patrimonio del acreedor. Dicho de otro modo, predicar un “derecho al cumplimiento” es simplemente expresión de que el acreedor tiene derecho a obtener la satisfacción de su crédito. Ahora bien, *¿cómo obtiene el acreedor la satisfacción de su crédito?* La respuesta a esta pregunta se obtiene a partir de *dos ideas básicas, presentes en la doctrina española*, ideas que, por conocidas, expongo a continuación de manera muy sintética.

La primera idea que interesa destacar es, que *se admite que el acreedor puede obtener la satisfacción de su crédito por dos vías*: puede obtenerla *in natura* (cumplimiento específico); o bien, puede obtenerla por vía *sustitutiva*, esto es, a través de una suma de dinero representativa del valor de la prestación ⁹⁸⁵.

Que esa vía sustitutiva deba ser considerada como una forma de cumplimiento (“por equivalente”) o en cambio, que deba considerársele como una partida más dentro de la indemnización de daños (y sujeta por tanto a su régimen) es *tema discutido* ⁹⁸⁶. En todo caso, en el marco de este trabajo no

⁹⁸⁵ En este sentido, “[l]a obligación lleva consigo la necesidad ineludible de su cumplimiento por el deudor; si éste no quiere o se resiste, el derecho del acreedor no por eso se aminora, antes bien, subsiste intacto para exigir la prestación en forma específica, *o su justo equivalente*” (DE DIEGO, *Instituciones*, t. 2, p. 26; cursivas añadidas).

⁹⁸⁶ La autonomía del cumplimiento por equivalente (esto es, el valor de la prestación, *aestimatio rei*) respecto de la indemnización de los daños y perjuicios, como vía de tutela del acreedor en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación, ha sido defendida en el Derecho español, entre otros, por LLAMAS POMBO en una monografía del año 1999 (*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999). El objetivo de esa monografía es, en palabras del propio autor, abordar “un problema teórico que no ha sido adecuadamente resuelto: la precisa delimitación entre el remedio que supone obtener el equivalente pecuniario de la prestación, y aquel otro que propende a la

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

indemnización de daños y perjuicios” (p. 13). LLAMAS POMBO muestra que en el Código civil existen normas que parecen diferenciar ambas pretensiones, y otras que parecen tratarlas como una sola cosa, y que, ni existe una tendencia clara en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (p. 48 y ss.), ni la doctrina está conteste sobre el punto (p. 59 y ss., ofreciendo aquí una interesante síntesis sobre las diversas posiciones doctrinales en la doctrina española). LLAMAS POMBO sostiene, desde el comienzo de su exposición, que la solución de la autonomía del equivalente pecuniario le parece “mucho más rigurosa técnica y lógicamente” (p. 21), y es esa la posición que justifica a lo largo de su trabajo. Para LLAMAS POMBO, más allá de la discusión sobre si la ejecución por equivalente es cumplimiento o indemnización, “lo que [...] no debería discutirse en nuestro Derecho es que cuando dicha situación se produce [se refiere a la imposibilidad de la prestación] el acreedor tiene derecho a tal equivalente, sin necesidad de realizar el mismo esfuerzo probatorio que si reclamase la indemnización de daños al interés de indemnidad o de un perjuicio extracontractual” (p. 106).

En contra de esta forma de ver las cosas, por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO, para quien conservar la idea de la *perpetuatio obligationis*, propia del procedimiento romano, no se justifica en la actualidad y que es –en sus palabras– un “artificio inútil” [(1991) p. 1021]. También, en este sentido, se manifiesta VERDERA SERVER, quien sugiere que el cumplimiento por equivalente es una forma de referirse a la indemnización de daños, y que la *estimatio rei* se rige por el mismo régimen que los demás “daños” (*El cumplimiento forzoso*, p. 209 y ss.). Y en un sentido parecido, ESTEBAN DE LA ROSA/GÓMEZ VALENZUELA expresan: “[e]l cumplimiento por equivalente está comprendido evidentemente en esta genérica obligación [los autores se refieren a la obligación indemnizatoria, con base en el art. 1101 CC]” [(2013) p. 1607]. Para una síntesis de los problemas que conlleva adoptar la tesis de la autonomía del cumplimiento por equivalente, véase, por ejemplo, VATTIER FUENZALIDA, C., “Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual”, *Redur*, 3, 2005, p. 60; y también L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, p. 780.

Que existe confusión sobre el punto, se puede ilustrar, por ejemplo, si se observa el reciente trabajo de AYLLÓN SANTIAGO, H., “Cumplimiento *sensu stricto* en contrato unilateral y en contrato bilateral”, en O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. (coord.) *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012 [aquí, el autor utiliza como expresiones sinónimas “cumplimiento por equivalente”, “*id quod interest*” e “indemnización monetaria” para luego “precisar” que el cumplimiento por equivalente “no debe, aunque de ordinario se haga, equipararse a la indemnización de daños y perjuicios” (pp. 26-29)].

El Tribunal Supremo, en algunas sentencias, ha considerado el cumplimiento por equivalente como parte de la indemnización de daños (así, por ejemplo, se ha dicho que “*el incumplimiento de la obligación de resultado que había contraído el médico en el contrato de obra, cuyo incumplimiento [es] imputable al mismo, produce la responsabilidad que consistirá, en el presente caso, en el cumplimiento por equivalencia, id quod interest que comprende la indemnización de los daños materiales [...] y de los daños morales*” [STS (Sala 1.^a) de 28 de Junio de 1999 (Roj 4583/1999) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O’Callaghan Muñoz (FD 2.^o)]. Sin embargo, se ha afirmado que es posible observar una evolución en la doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

interesa adentrarse en tal problema. Basta con tener claro que esa vía sustitutiva no es considerada como parte del remedio del cumplimiento específico, que es lo que aquí interesa abordar.

*La segunda idea clave es, que el hecho de que la obligación se conciba tradicionalmente como un deber de prestación ha llevado a entender que de esas dos posibles vías de satisfacción, el cumplimiento específico o in natura es –o al menos debería ser– la vía prioritaria o preferente de satisfacción del acreedor. Ello porque, desde la perspectiva tradicional, el derecho a exigir al deudor que cumpla la obligación en los términos pactados es el contenido del derecho de crédito. Y de ahí que el único presupuesto de procedencia de este derecho al cumplimiento específico o in natura sea el que la prestación pueda ejecutarse*⁹⁸⁷. Dicho de otra forma, el cumplimiento específico aparece como un derecho del acreedor que no reconoce más límite que el de la imposibilidad de la ejecución, límite éste que se explica –desde la perspectiva tradicional–

que se reconoce la autonomía del cumplimiento por equivalente como remedio, frente a la indemnización de daños. Así, SÁNCHEZ CASTRO, quien da cuenta de dicha tendencia en las decisiones del Tribunal Supremo, mostrando como se ha pasado de considerar el cumplimiento por equivalente como una partida de la indemnización de daños, a un remedio autónomo; cuáles son los requisitos de este “remedio” y bajo que criterios se determina el monto de ese equivalente [SÁNCHEZ CASTRO, J. D., “El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?”, *ADC*, n. 63, 2010(4), pp. 1725-1787].

⁹⁸⁷ En efecto, entiende la doctrina que “no habiendo imposibilidad definitiva, nuestro Derecho trata primero de conseguir el cumplimiento *in natura*, aunque sea por la fuerza [...] [e]l acreedor, no cumpliendo exactamente el deudor, puede hacer valer su derecho a la prestación exacta de forma específica” [LACRUZ BERDEJO *et. al.*, *Elementos*, p. 162]. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho civil*, t. 3, p. 268)]; y más recientemente, ABELLA RUBIO, J. M.^a, “Efectos del incumplimiento”, en O’Callaghan Muñoz, X. (coord.) *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 361.

porque la imposibilidad acarrea la extinción de la obligación (y consecuentemente, acarrea la extinción del derecho correlativo para exigir su cumplimiento)⁹⁸⁸.

Es posible considerar, como otro límite de la pretensión de cumplimiento, el que su ejercicio no sea contrario a las *exigencias derivadas de la buena fe* (art. 7 CC y art. 1258 CC)⁹⁸⁹. La buena fe juega así un rol “tutelar” del interés del deudor, en cuanto permite “no llevar [el] sacrificio [del deudor] en el cumplimiento más allá

⁹⁸⁸ MARSAL GUILLAMET/LAUROBA LACASA sintetizan esta idea con claridad: “[s]i la imposibilidad era anterior a la celebración del contrato, éste no llegó a existir por falta de objeto (arts. 1272; 1460 del CC); si es sobrevenida y definitiva, la obligación se extingue, salvo que la prestación sea imputable al deudor o se haya producido una vez el deudor estuviera en *mora solvendi* (arts. 1182; 1184 del CC) pues en estos casos se perpetúa la obligación sustituyendo la conducta de imposible realización por su estimación pecuniaria” [MARSAL GUILLAMET, J./LAUROBA LACASA, M.^a E., “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos: cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, en CABANILLAS, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 2002, v. 2, p. 2461]. Esto, lo dicen los autores al comparar la aproximación del Código civil español con la de los PECL (este último texto contempla expresamente a la imposibilidad como un *límite de la pretensión de cumplimiento*; sobre ello, *infra* [340]).

⁹⁸⁹ El art. 7 CC dispone: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. /2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo [...]”. Por su parte, el art. 1258 CC dispone: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Como explica PANTALEÓN PRIETO, la buena fe es un límite que opera por vía de excepción: “el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión [se refiere a la de cumplimiento] cuando, conforme a la buena fe [...] el cumplimiento en las condiciones pactadas no sea exigible” [(1991) p. 1046]. Para este autor, no es exigible el cumplimiento en los casos en los que concurren “los requisitos de la figura de la «excesiva onerosidad de la prestación» [...] o cuando el ejercicio de la prestación de cumplimiento deba considerarse abusivo [...] porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que le proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios” (*ibíd.*).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

de lo razonable”⁹⁹⁰. Sin embargo, también es posible plantear que, más que un límite autónomo al remedio de cumplimiento específico, la buena fe opera, en realidad, como un *criterio para determinar la existencia de la imposibilidad*, noción ésta que, de esta manera, se ensancha⁹⁹¹.

Pero, además de considerarse un derecho del acreedor, el cumplimiento específico se mira también como la vía preferente de satisfacción del acreedor en el sentido de que “*se erige como un verdadero derecho del deudor*, de manera que *el acreedor no puede optar libremente* por exigir el valor de la prestación, sea como *aestimatio*, sea como indemnización

⁹⁹⁰ JORDANO FRAGA, F., “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español”, *ADC*, 1985, p. 325.

⁹⁹¹ En este sentido, puede decirse que “[s]e produce un ensanchamiento del hecho liberatorio, en tanto que, junto a la imposibilidad estricta de la prestación, vienen en consideración todos aquellos supuestos en que, con arreglo a una valoración de buena fe de las circunstancias del contrato, el esfuerzo requerido por el deudor para cumplir sobrepasaría el límite de lo exigible, de forma que la exigencia por el acreedor del cumplimiento en estos casos se califica como desleal, incorrecta o abusiva” [JORDANO FRAGA (1985) p. 324].

Miradas las cosas desde esta perspectiva, la “excesiva onerosidad de la prestación” o la “dificultad extraordinaria” son circunstancias que, si bien no son en sentido estricto supuestos de imposibilidad, *pueden equipararse a la imposibilidad*, y así lo ha sostenido el Tribunal Supremo [para una clara síntesis de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con este punto, véase la STS (Sala 1.ª) de 30 de abril de 2002 (Roj 3107/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Corbal Fernández (FD. 7.º)]. Por otro lado, admitir la posibilidad de revisión del contrato, en los casos en los que existe una alteración sustancial de las circunstancias (comparadas las circunstancias en las que se celebró el contrato, con las que existen al momento de su cumplimiento; sobreentendiendo la cláusula *rebus sic stantibus*), supone admitir, indirectamente, un límite a la pretensión de cumplimiento del acreedor, aunque no se diga en esos términos. Sobre la admisibilidad en el Derecho español de la cláusula *rebus sic stantibus*, pese a su falta de reconocimiento legal, se pronunció, por ejemplo, la conocida STS (Sala 1.ª) de 17 de mayo de 1957 (Repertorio de jurisprudencia 1957/2164) Ponente Excmo. Sr. D. F. Eyré Varela (véase el cdo. 5.º).

por vía de responsabilidad”⁹⁹². Dicho de otro modo, “cuando [la obligación] sea todavía posible, [el acreedor] *ha de dirigir a ella su reclamación* de modo principal y al equivalente de modo subsidiario”⁹⁹³.

b) El cumplimiento específico como remedio frente al incumplimiento contractual. La perspectiva moderna

[294] Las ideas antes expuestas expresan, sintéticamente, la aproximación tradicional: el cumplimiento específico es un *derecho* del acreedor, y es la vía *preferente* de satisfacción de su crédito. Ahora bien, tales ideas, ¿describen adecuadamente la aproximación que se hace desde el denominado “nuevo Derecho de la contratación”?⁹⁹⁴.

Para responder a la pregunta, lo primero que hay que tener en cuenta es que, desde esta perspectiva moderna, la pretensión de cumplimiento ya no se considera –al menos ya no únicamente– como un “efecto de la obligación”, sino que se le mira como un *remedio frente al incumplimiento contractual*. Un remedio que se inserta en un catálogo más amplio de remedios por el incumplimiento contractual, y que están

⁹⁹² LLAMAS POMBO, *El cumplimiento*, p. 230; cursivas añadidas. En este mismo sentido, VERDERA SERVER, p. 134 y ss.

⁹⁹³ LACRUZ BERDEJO *et. al.*, *Elementos*, p. 162. Así, “[n]o siendo viable el cumplimiento *in natura*, sea por imposibilidad de prestar o por voluntad del deudor, el C.c en unos casos extingue la obligación, y en otros la transforma en la de entregar un equivalente pecuniario de la prestación fallida: su precio o valor, que no se separa con nitidez de la indemnización de daños” (*ibíd.*, p. 163).

Ahora bien, lógicamente esto no quiere decir que el acreedor no pueda, en caso de incumplimiento del deudor en un contrato bilateral, *optar por la resolución del contrato* y pedir, junto con ello, una indemnización de daños (sobre el punto, *infra* notas 1002 y 1003).

⁹⁹⁴ Sobre el alcance de esta expresión, valga lo dicho *supra* nota 358.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

a disposición de la parte cumplidora dispuesta a cumplir. En este esquema, *cada uno de esos remedios tiene sus propios presupuestos, objetivos y límites*⁹⁹⁵.

Si bien, como ya se ha dicho, existe consenso en la doctrina moderna en utilizar la expresión “remedios” para referirse al elenco de derechos del acreedor en caso de incumplimiento ⁹⁹⁶, *no parece posible afirmar que exista consenso a la hora de enumerar y describir cuáles son esos remedios por incumplimiento*. En todo caso, lo anterior no representa un problema en relación con el objeto de estudio de este trabajo, pues la “pretensión” o la “acción” de cumplimiento (“forzoso” o “en forma específica”) siempre aparece enumerada dentro de ese catálogo de remedios por incumplimiento que los distintos autores identifican ⁹⁹⁷.

⁹⁹⁵ Por todos, MORALES MORENO, *La modernización*, pp. 30-31.

⁹⁹⁶ Valga lo dicho *supra* nota 753.

⁹⁹⁷ La siguiente muestra, de tres autores, basta para ilustrar lo dicho en el cuerpo del texto:

a) Para CARRASCO PERERA, *los remedios frente al incumplimiento son siete*: “(i) acción de cumplimiento en forma específica; (ii) cumplimiento por equivalente a costa del deudor; (iii) indemnización de daños; (iv) suspensión del propio cumplimiento; (v) rebaja del precio; (vi) resolución del contrato; (vii) restitución del enriquecimiento obtenido por el deudor con la infracción obligacional”, y todo ello, sin perjuicio de anunciar la existencia de otros remedios “idiosincráticos para contratos específicos” [CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1047].

b) GÓMEZ POMAR, por su parte, entiende que *los remedios son cuatro*: “el cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso; la indemnización de daños y perjuicios; pena convencional; y resolución” [GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en el Derecho español”, *Indret* 3/2007, p. 13]. Pero, el mismo autor admite, por un lado, que pueden mencionarse *otros remedios* (con lo cual llega a enumerar siete, aunque sin coincidir exactamente con los siete que enumera CARRASCO): “[e]s cierto que podrían mencionarse otros, señaladamente: la reparación o sustitución de la prestación no conforme con el contrato [...]; la reducción del precio [...]; la *exceptio non adimpleti contractus* (implícita en los arts. 1466 y 1502 CC)” [*ibíd.*, p. 13]. Para

[295] Ahora bien, centrando la atención en el remedio del cumplimiento específico, y miradas las cosas desde la perspectiva moderna, quisiera destacar *tres ideas*.

- En *primer lugar*, que la pretensión de cumplimiento, en cuanto remedio frente al incumplimiento contractual, hoy “*ensancha*” su *contenido*, dando cabida también a la *reparación* y a la *sustitución* de la prestación no conforme con el contrato, al menos en ciertos casos; y ello, pese a que tales conductas (reparar y sustituir) no fueran inicialmente asumidas por el deudor como parte de la obligación ⁹⁹⁸.

luego puntualizar que “desde el punto de vista conceptual algunos de ellos no son en realidad sino variantes de tres grandes *tipos* de remedios en el plano teórico: remedios de conducta forzada del contratante incumplidor [...]; remedios monetarios [...]; remedios de ineficacia” (*ibíd.*, p. 13; las cursivas son entrecomillado en el original). Así –sigue el autor– “la reparación y sustitución (por el contratante incumplidor) son en verdad cumplimiento en forma específica, la reducción del precio es un remedio en dinero analíticamente englobable en la indemnización de daños, y la *exceptio non adimpleti contractus* es una suspensión de la eficacia contractual, no alejada conceptualmente – aunque sea temporal – de la resolución” (*ibíd.*, p. 13).

c) MORALES MORENO *enuncia cinco remedios*: “la pretensión de cumplimiento, la suspensión del cumplimiento de la propia obligación [...], la resolución, la reducción del precio, la indemnización de daños” (*La modernización*, p. 30). Reitera esta enumeración en un trabajo más reciente: “[los remedios] [s]on, en concreto: la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria (remedios aplicables a todos los contratos); la suspensión del cumplimiento de la propia obligación, por parte del acreedor; la resolución del contrato; la reducción del precio (en los contratos bilaterales, con obligaciones recíprocas)” [(2012) p. 397].

⁹⁹⁸ “En el nuevo modelo del Derecho de la contratación se produce un cambio: se ensancha el contenido de la pretensión de cumplimiento, más allá del contenido primario de la prestación. La actuación correctora del deudor (en nuestro caso el vendedor), orientada a subsanar el incumplimiento (mejor, el cumplimiento defectuoso), puede ir más allá del contenido inicial de su deber de prestación; siempre, claro está, dentro de los límites del interés del acreedor garantizado por el contrato [...] Hoy puede afirmarse que la pretensión de cumplimiento tiene por función procurar al acreedor *in natura*, por medio de la actuación del deudor (y no de la de un tercero) la satisfacción del interés que, conforme al contrato, garantiza el deudor. Va más allá de poder exigir al deudor el dar, hacer o no hacer en que consiste

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

- En *segundo lugar*, que la idea de que el acreedor tiene un derecho al cumplimiento específico es una idea que hoy puede ponerse en tela de juicio, en la medida que se plantea la razonabilidad de admitir o incorporar otros límites al cumplimiento, distintos de los de la imposibilidad⁹⁹⁹ y la buena fe, como son, por ejemplo, el hecho de que el cumplimiento sea excesivamente gravoso para el deudor, o el hecho de que el acreedor pueda realizar una operación de reemplazo¹⁰⁰⁰.

la prestación” [MORALES MORENO (2012) p. 402]. En este mismo sentido, también MORALES MORENO, *La modernización*, p. 82; GÓMEZ POMAR (2007), p. 13; y ESTEBAN DE LA ROSA/GÓMEZ VALENZUELA (2013) p. 1603.

Conviene recordar que el derecho del acreedor a la reparación y a la sustitución es un derecho que está reconocido en la Directiva 1999/44/CE (*supra* nota 723). En el Derecho español, ese derecho preferente a la reparación y sustitución, que establece la Directiva 1999/44/CE, se encuentra recogido en los arts. 118 a 120 TRLGDCU, como un derecho del comprador-consumidor (valga al respecto lo que se dice *infra* nota 1005). En todo caso, conviene destacar que el derecho a la reparación o sustitución lo es a la reparación o sustitución *del producto*, y conforme al art. 6 TRLGDCU, producto es “*todo bien mueble [...]*”; de modo que no es un derecho que resulte aplicable a la prestación defectuosa de servicios (sin perjuicio de la aplicación de este régimen a los contratos de fabricación de bienes de consumo, contratos que, en todo caso, *se consideran compraventa*; sobre ello, valga lo dicho *supra* nota 573).

El derecho a la reparación y a la sustitución también está reconocido, como parte integrante de la pretensión de cumplimiento, en otros textos que sirven como modelos de modernización del Derecho contractual, como son los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR. Me refiero a ello en el siguiente capítulo, *infra* [335].

⁹⁹⁹ Conviene apuntar aquí, que desde la perspectiva moderna, la imposibilidad ya no se mira como una causa de extinción de la obligación, sino que se le considera una causa que excluye la pretensión de cumplimiento, pero no los demás remedios. En este sentido, “[l]a imposibilidad sobrevenida de la prestación es una causa que impide el ejercicio de la acción de cumplimiento y que, por consiguiente, genera una situación de liberación del deudor respecto de tal acción” [L. Díez-PICAZO, *Fundamentos II*, p. 691; cursivas añadidas]. Desde esta perspectiva, el que la imposibilidad sea un límite de la pretensión de cumplimiento no se justifica en una razón jurídica, sino que es un límite que viene impuesto por la naturaleza de las cosas [*cfr.* MORALES MORENO, *La modernización*, p. 67].

¹⁰⁰⁰ En este sentido, MORALES MORENO explica: “[e]l nuevo derecho de la contratación, aunque reconozca al acreedor la pretensión de cumplimiento, que le permite satisfacer *in natura* su derecho, establece en ocasiones límites a su ejercicio, no

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

- Y en tercer lugar, que hoy pierde fuerza la idea de que el remedio del cumplimiento específico sea el remedio preferente, frente a la satisfacción por vía sustitutiva.

fundados en la imposibilidad, sino en otras causas, en la que sin duda están presentes los criterios económicos: la ponderación del coste que la ejecución supone para el deudor con el beneficio que puede obtener el acreedor, la mejora del funcionamiento del mercado, etc.” (*La modernización*, p. 68). El propio MORALES MORENO ofrece dos ejemplos en los que los tribunales españoles han reconocido la indemnización de daños como vía alternativa al cumplimiento *in natura*, fundado en que, en el caso, el cumplimiento resultaba excesivamente costoso y desproporcionado. El primero de esos casos, es una STC, que MORALES MORENO identifica por su fecha y publicación: “STC de 17 de noviembre de 1991 (BOE 15-11-1991)” [se refiere a la STC (Sala 1.^a) de 17 de octubre de 1991 (194/1991) Ponente: Magistrado D. F. García-Mon y González-Regueral (BOE n. 274 de 15 de noviembre de 1991)]. En este primer caso, A interpuso una acción reivindicatoria de un terreno en contra de B. B es condenado a restituir la propiedad, libre de escombros y materiales. En la ejecución (en primera y en segunda instancia), se consideró que no era posible cumplir la sentencia en sus propios términos, porque el costo de limpieza del terreno era cincuenta millones de pesetas; mientras que el valor del terreno apenas sobrepasaba las cien mil pesetas. A recurrió de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo rechaza, confirmando el criterio de solución utilizado por los tribunales de instancia. El segundo de los casos citados por MORALES MORENO es una STS, que el autor identifica sólo por su fecha (02-07-1998). En este segundo caso, el Tribunal Supremo, fundándose en la citada STC, expone: “*en el presente caso, es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, si, su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado*” y que el presente recurso es de los típicos casos, en que una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar” [STS (Sala 1.^a) de 2 de julio de 1998 (Roj 4434/1998) Ponente: Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta (FD 1.^o)]. Como se puede apreciar, en esas sentencias citadas, no se discute si puede o no condenarse al deudor al cumplimiento específico; en ellas el problema se plantea en fase de ejecución de la sentencia. Así, el límite al cumplimiento específico basado en criterios económicos no aparece (no al menos en estos fallos citados), como un límite de naturaleza sustantiva (es decir, que impida obtener una condena al cumplimiento específico), sino que aparece como un límite de naturaleza procesal (el coste de ejecución incide en la ejecución *in natura* de la sentencia condenatoria).

Conviene apuntar que esos “nuevos” límites de la pretensión de cumplimiento, a los que se refiere MORALES MORENO, presentes tanto en el Derecho comparado (ya se ha mostrado, por ejemplo, en relación con el Derecho alemán, *supra* [275] y ss.) como en los textos que sirven de modelo para la modernización del Derecho contractual (de esto último doy cuenta en el siguiente capítulo, *infra* [339] y ss.).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

Ello, por las siguientes razones:

i. *Por un lado*, porque en la doctrina se ha propuesto que, aun cuando la prestación sea todavía posible, el acreedor *puede optar por la indemnización de daños, si ha perdido el interés en la prestación* ¹⁰⁰¹. Y además, porque se abre la puerta a la posibilidad de que el acreedor pueda realizar una *operación de reemplazo*, y que pueda luego repercutir la diferencia (el mayor coste o el menor precio obtenido; lo que hace a través del remedio indemnizatorio), lo que es un claro ejemplo de que la pretensión de cumplimiento pierde ese supuesto lugar central entre los remedios ¹⁰⁰².

ii. *Por otro lado*, porque, como se sabe, el acreedor puede, en caso de un incumplimiento de cierta entidad, *optar entre el*

¹⁰⁰¹ PANTALEÓN PRIETO explica: “el acreedor que tenga a su disposición la pretensión de cumplimiento, en el caso de que concurra también el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual, *no podrá optar exclusivamente por esta*, liquidando como daño el valor del objeto de la obligación originaria, cuyo cumplimiento es aún posible, *salvo que haya decaído su interés en la prestación*” [(1991) pp. 1049-1050; cursivas añadidas]. Y con mucha más claridad, en otro lugar, el mismo autor se muestra favorable a otorgar al acreedor la posibilidad de optar entre el cumplimiento *in natura* y el valor de la prestación, lo que plantea como propuesta de *lege ferenda* [(1993) p. 1731].

¹⁰⁰² En este sentido, MORALES MORENO: “[e]l moderno Derecho de contratos está procediendo a redefinir el papel de la pretensión de cumplimiento y el de la indemnizatoria en el sistema de remedios del incumplimiento [...] en el nuevo modelo de contrato está tomando carta de naturaleza la operación de reemplazo, como medio para satisfacer, *in natura*, el interés del acreedor, por un tercero, a costa del deudor. Porque la satisfacción del interés del acreedor puede conseguirse sin que, necesariamente, tenga el deudor que ejecutar su prestación. Puede conseguirse a través de una operación de reemplazo, en la que es un tercero el que satisface al acreedor, con cargo al deudor. Tal operación la sufraga el deudor, por la vía de la pretensión indemnizatoria” [(2012) p. 400].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

cumplimiento y la resolución del contrato (art. 1124.II CC) ¹⁰⁰³. Y hoy –entiende la doctrina– se abre paso la idea de que la indemnización de perjuicios que puede acompañar a esa resolución *no se limita al interés negativo; sino que puede considerar el interés positivo* ¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰³ Del hecho de que el acreedor tenga *una opción entre el cumplimiento y la resolución*, deriva el que no sea posible proponer que la pretensión de cumplimiento sea un remedio preferente frente a la resolución del contrato. En este sentido, FENOY PICÓN expresa: “en el sistema general de los remedios del incumplimiento del Código civil, la pretensión de cumplimiento (reparación, sustitución) y la resolución operan en plano de igualdad (art. 1124.I CC; siendo el incumplimiento grave)”; FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, (2006) p. 171]. Sin embargo, que se pueda o no predicar una preferencia del cumplimiento sobre la resolución es, básicamente, una cuestión de perspectiva: si se parte de la base de que cualquier falta de cumplimiento de la obligación, por más mínima que sea, permite exigir el cumplimiento íntegro y en los términos pactados (incluyendo dentro del remedio de cumplimiento, la subsanación de la prestación defectuosa), y se considera que, en cambio, no cualquier incumplimiento permite al acreedor instar la resolución (la resolución requiere que el incumplimiento sea de cierta entidad), entonces sí que puede admitirse la conclusión contraria: que para el ordenamiento jurídico, el cumplimiento es un remedio preferente respecto de la resolución [en este sentido, véase PINTO RUIZ, J., “Estudio sobre el artículo 1124 del Código civil”, *ARAJL*, 2011, especialmente pp. 259-562].

¹⁰⁰⁴ En este sentido, explica MORALES MORENO que “[e]l cambio que se ha producido en el tratamiento de la resolución dentro del ordenamiento español, tiene también consecuencias sobre el interés indemnizable, en la indemnización que acompañe a la resolución. Éste es un extremo que fue discutido en nuestra doctrina. Algunos autores (Delgado Echeverría, Jordano Fraga) consideraron que lo oportuno es indemnizar el interés negativo. Lo cual podría explicarse por la aplicación del régimen de la condición resolutoria: el carácter retroactivo del efecto resolutorio coloca la situación en el momento de la celebración del contrato. Pero las críticas que ha merecido la generalización de la doctrina de la retroacción de los efectos de la condición resolutoria cumplida y el hecho de que la resolución se considere un remedio frente al incumplimiento del contrato, explica que *se vaya abriendo paso la doctrina favorable al interés positivo*” [*La modernización*, pp. 43-44; cursivas añadidas]. En un sentido parecido, GÓMEZ CALLE: “[s]i se parte de que la resolución no extingue retroactivamente el contrato [...] *lo coherente con ello es sostener que la medida de la indemnización debe venir dada por el interés contractual positivo*. No se trata de colocar a quien resuelve en la posición patrimonial en que se hallaría de no haber contratado (interés negativo), pues lo cierto es que ha celebrado un contrato perfectamente válido, y que el mismo ha sido incumplido por la contraparte. *No hay*

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

iii. Y, *en definitiva*, porque hoy parece rechazarse la idea de que, en el régimen general del Código civil, los remedios frente al incumplimiento estén organizados de forma jerárquica ¹⁰⁰⁵.

Como corolario de todo lo que se ha dicho, creo oportuno reproducir, por su contundencia, las palabras de GÓMEZ POMAR:

“Dígase lo que se diga, y pese a algunas manifestaciones retóricas del Tribunal Supremo a estos efectos, la verdad es que *el cumplimiento forzoso no aparece con claridad en el Derecho español del contrato como el remedio general y preferente frente al incumplimiento contractual*. Es general, sí, pero no necesariamente preferente frente a, pongamos, la indemnización de daños y

razón, por tanto, para privarle de las ventajas que ese contrato le habría reportado de haber sido debidamente cumplido; de ahí que la indemnización deba extenderse al interés positivo” [(2012) p. 96; cursivas añadidas].

¹⁰⁰⁵ En contra de una jerarquía de los remedios en el sistema del Código civil, por ejemplo, FENOY PICÓN, quien agrega, a lo ya indicado en relación con la resolución (*supra* nota 1001), que “[l]a posibilidad de la reducción del precio puede construirse, aunque no sea lo correcto, a través de la indemnizatoria y operando con carácter alternativo a los anteriores. Dicho de otra forma, *en el régimen general del incumplimiento del Código civil no hay jerarquía de remedios, si bien no hemos de olvidar que cada uno de éstos tiene sus límites* (al menos, el fáctico de la imposibilidad, y el que la buena fe establezca en la determinación del grado a partir del cual un remedio ha de calificarse de desproporcionado)” [*El sistema de protección*, p. 171; cursivas del original].

Conviene recordar que el TRLGDCU, en cambio, ordena los remedios del comprador-consumidor de manera jerárquica. El art. 118 establece que “*el consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título*”; y el art. 120, por su parte, señala que “*[l]a rebaja del precio y la resolución procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución [...]*”. Sobre ello véase, por ejemplo, BECH SERRAT, quien además discute la conveniencia de conservar tal jerarquía (BECH SERRAT, J. M., “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *Indret* 1/2010, especialmente pp. 38-41).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

perjuicios en todas las manifestaciones y modalidades del incumplimiento contractual”¹⁰⁰⁶.

2. EL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER: EL ART. 1098 CC

[296] Lo hasta ahora dicho se refiere al cumplimiento específico en general. La pregunta que surge es si existe alguna particularidad, cuando se examina la cuestión desde la perspectiva de las obligaciones de hacer. Y para ello, es necesario considerar lo que el art. 1098 CC dispone:

“Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho”.

De su sola lectura, resulta claro que *el art. 1098 CC no consagra expresamente un derecho del acreedor a que se condene al deudor al cumplimiento específico de la obligación de hacer, ni impone al acreedor un deber de solicitar tal condena*. Las consecuencias establecidas en este artículo, para el caso de incumplimiento de la obligación de hacer, son otras (mandar ejecutar la prestación a costa del deudor; decretar que se deshaga lo mal hecho). Pese a ello, parece posible afirmar que la idea tradicional de que existe un *derecho* al cumplimiento específico, y que

¹⁰⁰⁶ GÓMEZ POMAR (2007) p. 16; cursivas añadidas.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

éste es la vía *preferente* de satisfacción, alcanza también a las obligaciones de hacer ¹⁰⁰⁷. La lectura que se hace de este art. 1098 CC, tanto por parte de la doctrina como por parte de jurisprudencia, avala dicha conclusión.

a) La doctrina

[297] De la lectura que del art. 1098 CC hace la doctrina española, me interesan destacar *los siguientes cuatro aspectos*:

- *Primero*. Como se ha dicho, el art. 1098 CC contempla dos consecuencias para el caso del incumplimiento de la obligación de hacer. Pues bien, se entiende que la consecuencia establecida en el art. 1098.I CC (*“se mandará ejecutar a su costa”*) es una *forma de ejecución forzosa*, si bien se advierte que no se trata de una vía que opere

¹⁰⁰⁷ En este sentido, MORENO QUESADA explica que, cuando ha habido incumplimiento, “la Ley pretende que [el] patrimonio [del acreedor] quede finalmente como si hubiese habido un cumplimiento: y para ello, sin duda, el mejor procedimiento es facilitarle el comportamiento omitido, procurárselo de la misma forma en que debió ser y no fue realizado por el deudor; lo que se denomina cumplimiento específico que, por la forma en que va a darse, hay que calificar como forzoso. ¿Y cuál es la forma de actuarlo? En principio [...] mediante la «acción de cumplimiento» [esta solución se justifica porque] es la más justa y acorde con el concepto de obligación, ya que con la misma se persigue obtener la prestación, y no una indemnización, quedando ésta sólo como último recurso para cuando aquélla no pueda obtenerse, o en tanto en cuando no pueda serlo exactamente” [(1976) p. 494].

Desde luego, es posible plantear que el art. 1124.II CC provee una base normativa al remedio del cumplimiento específico de las obligaciones de hacer. Esto, por cuanto señala que: “[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos [...]”; reconociendo, como se ve, el derecho de la parte cumplidora a exigir el cumplimiento, sin distinguir si se trata de una obligación de de dar, de hacer o de no hacer. Pero, lógicamente, el fundar el derecho del acreedor al cumplimiento específico de la obligación de hacer en el art. 1124.II CC sólo es admisible respecto de contratos sinalagmáticos.

directamente contra el deudor, sino que *opera contra su patrimonio*. O sea, que se trata de una forma de cumplimiento, pero “indirecta”¹⁰⁰⁸. En cambio, se entiende que la consecuencia establecida en el art. 1098.II CC (“podrá decretarse que se deshaga lo malhecho”) no es una forma de cumplimiento, sino una forma de reparación (es reparación en especie)¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁸ En este sentido, explica DE DIEGO que “[h]ay obligaciones de hacer y de no hacer en que es posible el cumplimiento específico, a pesar de la resistencia del deudor, e independientemente de su concurso. En esos casos no se va por el pronto exclusivamente a la indemnización de daños, sino al medio supletorio de poder obtener el cumplimiento de la obligación. Me prometisteis construir un edificio que no me lo construís en absoluto, pues es cierto que *nemo precise ad factum cogi potest*, pero puedo pedir autorización al juez para que yo le construya a tus expensas. No es transformación de la obligación primitiva en una nueva (novación) teniendo por objeto una nueva pecuniaria por la indemnización en lugar del objeto propio de la obligación, sino forma indirecta y única posible de su cumplimiento” [*Instituciones*, t. 2, p. 68, cursivas añadidas]. Por esta razón –explica el mismo autor– no es cierto lo que establece el art. 1142 *Code civil*, siendo justificado, en su opinión, que el Código civil español no lo haya recogido [*cfr. ibíd.*, p. 69]. Sobre la influencia de los arts. 1142 y 1144 *Code civil*, en la redacción del art. 1098 CC, me remito a lo dicho *supra* nota 972.

En este mismo sentido, se ha dicho que “[e]l art. 1098 al admitir la ejecución forzosa en las obligaciones de hacer, zanja una vieja discusión en la que había predominado la opinión contraria, por considerarla que implicaba una violencia sobre la persona del deudor. Precisamente esta objeción ha sido tenida en cuenta como lo demuestra que la ejecución se haga al margen de la persona del deudor, ya que el art. 1098.I no dice que la ejecutará el deudor, sino que se «mandará ejecutar» actuando solamente sobre su patrimonio («a su costa»)” [BADOSA COLL, F., “Comentario del art. 1098” en Paz-Ares *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. 2, p. 30; cursivas añadidas]. Sobre la idea de que la opinión contraria a la ejecución forzosa haya sido “predominante”, me remito a las conclusiones del capítulo anterior ([288] y ss.).

¹⁰⁰⁹ “Para el art. 1098.II se trata de una medida integrante de la ejecución forzosa, de la que sería un reforzamiento; sin embargo no es así. El «deshacer» lo mal hecho no pertenece a la ejecución forzosa sino a la indemnización de daños y, en concreto, a su reparación *in specie*. En efecto la petición del acreedor de «deshacer» lo mal hecho solo es concebible cuando lo contempla como un perjuicio incompatible con el cumplimiento; su destrucción debe, pues, someterse al régimen de aquél no al de éste. Su no consideración como indemnización y sí como ejecución forzosa se debe a que el art. 1101 se limita a la indemnización como obligación accesorio, y por tanto,

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

- *Segundo*. Se entiende que la consecuencia establecida en el art. 1098.I CC (“se mandará ejecutar a su costa”) es una consecuencia que resulta *aplicable únicamente a las obligaciones de hacer no personalísimas o fungibles*¹⁰¹⁰. La razón es, que las obligaciones de hacer personalísimas o no fungibles no admiten, por su propia naturaleza, la posibilidad de que otra persona, distinta del deudor, sea quien realice la prestación¹⁰¹¹. *En consecuencia, nada puede desprenderse del art. 1098*

dineraria mientras que el art. 1098 trata de «medidas» judiciales entre las cuales se halla claramente la «destrucción» [BADOSA COLL (1993) p. 30].

¹⁰¹⁰ En este sentido, por ejemplo, ya SCAEVOLA: “[el] art. 1098 se refiere *solo* a los hechos que pueden ejecutarse indistintamente por el deudor o por tercera persona” [Comentarios al Código Civil, t. 19, p. 430 (comentario del art. 1098); cursivas añadidas]; y MANRESA Y NAVARRO: “entiéndase que la procedencia y eficacia de tal medio [se refiere a la ejecución por otro y a costa del deudor] *no tendrán lugar cuando la prestación consista en actos personalísimos del deudor, ó en que las cualidades especiales que en él concurran, v. gr., las dotes de un artista, sean motivo determinante de la obligación contraída; en tales casos la ejecución del acto por otro, ó no tendría utilidad ninguna, y aun á veces seria imposible, ó resultaría tan distinta que no pudiera considerarse satisfecha la facultad del acreedor. Que así debe entenderse es en el orden lógico evidente, y que así como no podía menos de suceder lo entiende el legislador, lo prueba el art. 1161 [...] [p]ara tales casos no queda, por consiguiente, más que un medio de reparación, ya que no de cumplimiento: la indemnización de daños y perjuicios*” [MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil*, t. 8, 2.^a ed., 1907, p. 52 (comentario del art. 1908), cursivas añadidas]. Y en el mismo sentido, por ejemplo, BADOSA COLL: “de ahí que la ejecución forzosa [del art. 1098] no quepa cuando la prestación es «personalísima» caso en que sólo cabrá la obligación de indemnizar” [(1993) p. 30]. Todos los anteriores autores, escriben vigente la LEC de 1881.

Más recientemente, en este mismo sentido, VERDERA SERVER: “[l]a solución del artículo 1098.I no admite ser trasladada al caso de la ejecución forzosa de obligaciones de hacer personalísimas, en las que, por definición el deudor no puede ser sustituido por nadie en el cumplimiento de su obligación («rectius» su hipotética sustitución no satisfaría el interés del acreedor [...]) de modo que el mecanismo del mandato de ejecución a su costa no resulta operativo” [(2011) p. 1290].

¹⁰¹¹ Conviene recordar, que para la doctrina civil, la prestación de hacer es fungible “cuando el acreedor queda satisfecho con una pura actividad, cualquiera que sea quien la realice”; en cambio, es infungible “cuando la persona que ha de prestar su actividad constituye un elemento esencial del programa de prestación y no puede ser sustituida por otra. El comportamiento debido se llama en estos casos personal o «personalísimo»” [por todos, L. Díez-PICAZO, *Fundamentos II*, p. 279]. Para determinar

CC en relación con el derecho al cumplimiento específico, si la obligación es personalísima.

- Tercero. Esa medida de “cumplimiento” (“se mandará ejecutar a su costa”) parece suponer la actuación del juez y, por tanto, supone también el ejercicio previo de la acción de cumplimiento (ello deriva del empleo de la expresión “se mandará”). Esto quiere decir que *se excluye* la posibilidad de que el acreedor pueda contratar *directamente* a un tercero para que éste sea quien realice la prestación debida (y reclamar posteriormente el costo de ello al deudor)¹⁰¹².

si, en un caso, la obligación es fungible o no, hay que considerar varios factores, entre ellos: la declaración de las partes, las circunstancias en que se ha celebrado el negocio, y la naturaleza del negocio, etc. [*ibíd.*, p. 279]. Para un análisis en profundidad de esos factores véase, por ejemplo, MORENO QUESADA (1976) pp. 470-474; y MANRIQUE DE LARA MORALES (2001) pp. 1169-1180.

En este sentido, el que la consecuencia del art. 1098.I CC (“se mandará ejecutar a su costa”) no sea aplicable a las obligaciones de hacer personalísimas es una idea que suele afirmarse en conexión con lo dispuesto en el art. 1161 CC [*“En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”*]; así, por ejemplo, MARTÍN PÉREZ (1978) p. 330.

¹⁰¹² MORENO QUESADA, tras analizar la cuestión, concluye que “quizás pudiera defenderse la posibilidad de una ejecución directa por el acreedor, a expensas del deudor, siempre que: 1.º Le dirija una previa intimación, comunicándole las circunstancias en que piensa hacerla. 2.º Que pueda llevarla a cabo en su propia esfera de actuación, invadir el ámbito posesorio del deudor [*sic*; seguramente deba decir «sin invadir»]; y 3.º Que exista necesidad de actuar así, lo que hay que entender en el sentido de que estando la obligación cumplida, el retraso vaya a producir la imposibilidad de un cumplimiento posterior, o mejor, de la satisfacción *in natura* del interés del acreedor, lo que viene a significar tanto como urgencia” [MORENO QUESADA (1976) pp. 494-496, la cita textual en p. 496]. Sobre el punto, también MARTÍN PÉREZ (1978) pp. 336-337.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

- *Y cuarto.* Se entiende que el art. 1098 CC *es una norma de naturaleza procesal* ¹⁰¹³; y de ahí su vinculación con las reglas de ejecución que contempla la LEC ¹⁰¹⁴. En este sentido, se entiende que la consecuencia establecida en el art. 1098.I CC (*“se mandará ejecutar a su costa”*) es una consecuencia que *opera en fase ejecutiva*, o sea, en el caso en el que el deudor no cumpla con la sentencia que lo condena a realizar la prestación ¹⁰¹⁵. *Y ello supone, por tanto, que una sentencia que condene al propio deudor al cumplimiento específico, sí es posible* ¹⁰¹⁶. Sentencia que

¹⁰¹³ Como señala CARRASCO PERERA, “[b]asta detenerse en la lectura desapasionada del precepto para comprender que en él se contiene *una norma de naturaleza procesal cuyo destinatario es el juez*” [CARRASCO PERERA, Á., “Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina”, *Indret*, 1/2006, p. 10; cursivas del original].

¹⁰¹⁴ Sobre la estrecha vinculación del art. 1098 CC con las reglas procesales de ejecución, valga lo dicho *supra* nota 977. En este sentido, resulta interesante apuntar que SCAEVOLA refiere, como antecedentes del art. 1098 CC, las *leyes de Partidas* a las que me he referido en el capítulo anterior (*supra* [277] y ss.), *leyes* que, como se indicó en su oportunidad, son reglas sobre ejecución (de naturaleza procesal) [*cfr.* SCAEVOLA, pp. 424-425].

¹⁰¹⁵ Como explica CARRASCO PERERA: “[s]i es el juez el que «manda ejecutar» el incumplimiento de la obligación de hacer *tiene que haberse producido dentro del proceso de ejecución*. Es decir, el juez manda ejecutar a su costa en un determinado momento o incidente del proceso de ejecución. ¿Mas cuál es el título ejecutivo que se actúa en este proceso? Sin duda que no puede serlo una sentencia *que condene (o permita) a que se cumpla a costa del deudor o que condene al deudor a pagar un dinero en concepto de satisfacción equivalente*. La sentencia que se ejecuta es la que impone específicamente al deudor la condena de hacer. En consecuencia, el “incumplimiento” ante cuya producción se actúa la ejecución sustitutoria *es el incumplimiento de la sentencia de condena de hacer, no el incumplimiento histórico de la obligación civil de hacer*, que condujo a la demanda y al proceso” [CARRASCO (2006) p. 10; cursivas del original].

¹⁰¹⁶ En este sentido, para MORALES MORENO explica: “[sin perjuicio de que] los artículos 1096, 1097 y 1098 contemplan medidas de ejecución que, fundamentalmente, cobran sentido dentro del proceso de ejecución [...] su enunciación en el Código civil *implica*, de algún modo, el reconocimiento del derecho del acreedor a exigir judicialmente, si fuere necesario, el cumplimiento de la obligación. O, dicho de otro modo, *el derecho a postular al juez que dicte una sentencia de condena al cumplimiento de la obligación*,

es posible, pero no necesaria, pues se entiende que el art. 1098 CC “no impone una jerarquía u orden de remedios de Derecho material” ¹⁰¹⁷.

b) La jurisprudencia

[298] En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el art. 1098 CC aparece citado, casi exclusivamente en relación con el supuesto del art. 1591.I CC; esto es, en relación con la responsabilidad del contratista por los vicios ruínógneos del edificio¹⁰¹⁸.

Conviene advertir que, esa vinculación que hace el Tribunal Supremo entre los arts. 1098 y 1591 CC, *supone confundir dos cosas distintas*: la pretensión de cumplimiento “específico” (o “*in natura*”) y la acción de reparación, que puede ser *in natura* ¹⁰¹⁹. El art. 1591 CC se refiere claramente a la *acción de reparación*, no a la

ejecutable, en principio, en sus propios términos” (*La modernización*, p. 78, cursivas añadidas).

¹⁰¹⁷ CARRASCO PERERA (2006) p. 11.

¹⁰¹⁸ Transcrito *supra* nota 575. Sobre la vigencia de esta norma, tras la entrada en vigor de la LOE, valga lo dicho *supra* nota 577.

¹⁰¹⁹ En este punto, conviene precisar que, el hecho de que hoy se “ensanche” el contenido del remedio del cumplimiento específico (en cuanto da cabida a la reparación y a la sustitución) no permite confundir el cumplimiento con la reparación *in natura*. En este sentido, MORALES MORENO explica: “la pretensión de cumplimiento asume en estos casos [se refiere a los casos en los que incluye la reparación y sustitución] una función *que puede recordarnos a la de la indemnización* *in natura*. Pero existen determinadas diferencias: 1.^a La subsanación del incumplimiento, en principio, le corresponde ejecutarla al deudor. Por eso se enmarca en el ámbito de la pretensión de cumplimiento. 2.^a Los requisitos para que el acreedor tenga derecho a la subsanación del incumplimiento (reparación o sustitución) no son los propios de la pretensión indemnizatoria, sino los de la pretensión de cumplimiento. A los que se añaden las particularidades que puedan establecerse para el ejercicio de estos derechos” [(2012) p. 402; cursivas añadidas]. También resalta las diferencias que existen entre la acción de cumplimiento específico y la de reparación *in natura*, CARRASCO PERERA (2006) p. 13.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

de cumplimiento (los términos empleados en este artículo son claros: se dice que el contratista “*responde de los daños y perjuicios*”; y se habla de “*la acción de indemnización*”).

Dicho esto, y aun cuando, en puridad, esas sentencias del Tribunal Supremo *no se refieren al remedio del cumplimiento específico*, el hecho de que se utilicen indistintamente los términos “reparación en forma específica” y “cumplimiento en forma específica” ¹⁰²⁰, justifica referirse a dichas sentencias.

[299] Como principio, el Tribunal Supremo viene sosteniendo que la forma de exigir la responsabilidad por vicios ruinógenos es mediante el ejercicio de una “*acción de cumplimiento de contrato*”, por la que se condena a realizar una obligación “*de hacer*”, y que esa obligación de hacer “*ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1098 del Código*”. Según esta línea jurisprudencial, “*el acreedor puede exigir que se realice la prestación en forma específica*”; pero ello no se entiende como la concesión al acreedor de una opción entre la reparación *in natura* y la indemnización en metálico; al contrario, *el acreedor debe demandar el cumplimiento específico, y sólo si éste no es posible, se puede condenar al deudor a la indemnización en dinero*. Es más, si el acreedor sólo demanda la indemnización en dinero, la pretensión de cumplimiento específico *debe entenderse incluida en el petitum de la demanda*¹⁰²¹.

¹⁰²⁰ Acusa también esta confusión, por parte de los tribunales, CARRASCO PERERA, (2006) pp. 5 y 13.

¹⁰²¹ Todas las ideas arriba indicadas se encuentran en la STS (Sala 1.ª) de 12 de diciembre de 1990, la que, como ella misma expresa, recoge la doctrina asentada por

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Y, por lo mismo, si el demandante no ha pedido el cumplimiento específico, el tribunal, al condenar al cumplimiento específico, no otorga cosa distinta de lo pedido, ni causa perjuicio la sentencia que condena al demandado a la reparación en forma específica, pues, al hacerlo así, el tribunal *pone en manos del deudor la opción entre la reparación en metálico o la reparación in natura* ¹⁰²².

otras de sentencias (la STS 12 de noviembre de 1976; la STS de 3 de julio de 1989, y la STS 21 de octubre de 1990). Al respecto, se dice: *“La obligación de responder de los daños y perjuicios que impone el artículo 1.591 del Código Civil [...] es exigible judicialmente a través del ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato del artículo 1.091 del citado Código, constituyendo aquélla una obligación de hacer que ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el artículo 1.098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia, de carácter subsidiario, cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible [...] en las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento imputable, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente aun contra la voluntad del deudor; así el artículo 1.098 del Código Civil dispone que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa». Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entre en juego el principio «nemo factum cogi potest» y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar. A tenor del suplico de la demanda y los hechos en que la misma se fundamenta es claro que, en el presente caso, se está ejercitando una acción de cumplimiento de contrato instando el cumplimiento forzoso a costa del obligado que sólo puede acordarse de forma sustitutoria y en defecto de la ejecución voluntaria, debiendo entenderse incluida en el «petitum» de la demanda”* [(Roj 9140/1990) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda (FD 2º)].

¹⁰²² En este sentido, la STS (Sala 1.ª) de 3 de abril de 2000: *“La parte recurrente [en el caso, los arquitectos, que fueron demandados a indemnizar pecuniariamente, pero condenados a reparar in natura] tiene razón en cuanto a que en la demanda se pide una condena pecuniaria –prestación de dar–, mientras que en la Sentencia recurrida se condena a los Arquitectos a que realicen las reparaciones de los vicios denunciados –prestación de hacer–. Sin embargo el fallo favorece a los recurrentes porque pueden optar por la sanción específica, o por la sanción genérica de la prestación del «id quod interest» –cumplimiento por equivalencia”* [(Roj 2730/2000) Ponente. Excmo. Sr. J. E. Corbal Fernández (FD 2.º)].

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

Esta interpretación del Tribunal Supremo ha marcado una línea jurisprudencial bastante clara, que en la actualidad es seguida por las Audiencias Provinciales ¹⁰²³.

[300] No obstante, se observa una *tendencia a flexibilizar* ese principio o regla general.

En este sentido, se admite, como una excepción al principio de la preferencia del cumplimiento específico del art. 1908 CC¹⁰²⁴, que el acreedor puede, *bajo ciertas circunstancias*, demandar y obtener *directamente* una condena indemnizatoria. Ello es posible, particularmente:

¹⁰²³ Por sólo poner algunos ejemplos, de entre las más recientes, acogen esta doctrina y reproducen la explicación, la SAP de Tarragona (Sección 1) de 18 de octubre de 2006 (1493/2006) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. L. Portugal Sainz (FD 4º); la SAP de Salamanca (Sección 1) de 18 de diciembre de 2007 (634/2007) Ponente: Ilmo. Sr. D. I. García del Pozo (FD 3º); la SAP de Pamplona/Iruña (Sección 1) de 17 de febrero de 2008 (517/2008) Ponente: Ilmo. Sr. D. F. Poncela García (FD 3º); y la SAP de Madrid (Sección 10) de 18 de noviembre de 2010 (17624/2010) Ponente: Ilmo. Sr. D. Á.V. Illescas Rus (FD 2º).

¹⁰²⁴ “[E]l derecho a pedir el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Pero esta es una excepción a la regla general del artículo 1098 CC y para ello se requiere: a) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente “por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas [...] y c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales” [STS (Sala 1.ª) de 13 de Julio de 2005 (Roj 4759/2005) Ponente: Excm. Sra. Dña. E. Roca Trías (FD 3.º)].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

- Si el acreedor *ha requerido al deudor* para que realice las reparaciones, y *no ha obtenido respuesta* ¹⁰²⁵.

- Si el acreedor *ha requerido al deudor* para que realice las reparaciones, y *consta que el deudor se ha negado a ello* ¹⁰²⁶.

- Si la ejecución de las obras, o su reparación, tienen *carácter urgente*, con la finalidad de *evitar mayores daños* ¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ En este sentido, por ejemplo, la STS (Sala 1.^a) de 7 de mayo de 2002: “*El hecho de que el actor haya invocado el artículo 1591 del Código Civil no puede entenderse que conceda a la recurrente [la empresa contratista, a la que se condenó al pago de una suma de dinero] el privilegio de llevar a cabo por sus propios medios unos importantes trabajos de reparación los cuales aparentemente sobrepasan la mitad del precio de venta de la vivienda dado que dicha entidad se había abstenido de realizarlos eficazmente en los tres años transcurridos hasta la interposición de la demanda pese a los compromisos manifestados*” [(Roj 3201/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo (FD 2.^o)]. En el mismo sentido, la STS (Sala 1.^a) de 13 de julio de 2005 (Roj 4759/2005) Ponente: Excmo. Sr. Dña. E. Roca Trías (FD 3.^o).

¹⁰²⁶ En este sentido, por ejemplo, el ATS de 6 de febrero de 2001 (2231/2001) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Almagro Nosete. En esta sentencia, si bien se indica que el derecho que concede el art. 1098 CC es un derecho “subsidiario” a la petición de que se ordene el cumplimiento en forma específica al propio deudor, se admite que “constando en autos la negativa de la demandada a realizar las reparaciones requeridas, queda justificada la procedencia de la condena indemnizatoria que, de forma subsidiaria, prevé el precepto citado como infringido” (FD 2.^o). Y en el mismo sentido, la ya referida STS (Sala 1.^a) de 13 de julio de 2005 (Roj 4759/2005) Ponente: Excmo. Sr. Dña. E. Roca Trías (FD 3.^o).

¹⁰²⁷ En este sentido, la STS (Sala 1.^a) de 27 de julio de 2007: “*en el presente caso, el dato fundamental a tomar en cuenta a la hora de confirmar la procedencia de la reclamación indemnizatoria formulada, verdadera «quaestio facti» expresada en la resolución recurrida y que no ha sido desvirtuada en casación, es el carácter de necesidad y urgencia de las obras de reparación acometidas por la actora [...] [la Alcaldía] requirió a la actora para que, en el breve plazo de quince días, acometiese una serie de reparaciones urgentes previa presentación al Ayuntamiento, para su aprobación, de un proyecto redactado por arquitecto superior. Tal urgencia y necesidad estaría en todo caso justificada, vista la entidad de las deficiencias ruinógenas aparecidas, por el hecho de aquejar las mismas a un centro escolar, con consiguiente riesgo para la integridad de los menores que acudían al mismo*” [(Roj 7775/2007) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Almagro Nosete (FD 2.^o)].

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

Además, en algunas sentencias *parece descartarse la idea de que exista una preferencia entre las vías de cumplimiento* (reparación), sosteniendo, en cambio, que el art. 1591 CC *ofrece al acreedor una alternativa entre tres posibles vías*: i) El cumplimiento *in natura* (esto es, que se condene a los responsables a reparar los vicios); ii) la indemnización de los daños (calculada sobre los costes en los que ya se hubiera incurrido en la reparación); y iii) una indemnización de daños, para que el perjudicado asuma por sí mismo las obras necesarias¹⁰²⁸.

[301] *¿Qué puede concluirse hasta aquí?*

En síntesis, lo siguiente: que, en la medida que *“el que se mande a ejecutar por otro”* (art. 1098.I CC) sea una consecuencia que opera la en fase de ejecución, entonces nada nos dice el art. 1098 CC en relación con

¹⁰²⁸ En este sentido, por ejemplo, la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 2004, la que rechazando el motivo de casación por infracción del art. 1591 CC (condenado a la indemnización de daños, el recurrente arguye que este artículo no autoriza al demandante a pedir directamente la indemnización de daños), expresa: *“el referido artículo 1591, como actividades reparadoras de los vicios ruinógenos en base a la responsabilidad legal que establece, autoriza las siguientes: a) Obras de subsanación y reparación “in natura” a cargo del contratista y en su caso del promotor, técnicos y personas que resultasen condenadas, a fin de dejar el edificio en condiciones de seguridad y habitabilidad suficientes [...]; b) Reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la Comunidad de Propietarios en obras restauradoras de los vicios constructivos cuando los gastos correspondientes son exclusivamente de cargo de los que intervinieron en el proceso edificativo y así resulte de sentencia condenatoria, lo que implica que los declarados responsables no los asumieron en su debido tiempo y las reparaciones dinerarias actúan así como las procedentes, pues la ejecución “in natura” en estos casos daría lugar a dilaciones y conflictos [...]; c) Cuando se plantea demanda, como aquí sucede, para solicitar se fije cantidad determinada para que la Comunidad de Propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias de consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas del inmueble afectadas por la situación de ruina que se denuncia, lo que resulta procedente y, en este caso, por el resultado de las pruebas practicadas, la sentencia recurrida fijó el importe en la cantidad de 7.626.695 pesetas [...]”* [(Roj 1653/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil (FD 1.º)].

la posibilidad de que se condene, o no, al propio deudor a ejecutar la prestación pactada. *En consecuencia*, el que sea posible, o no, que se condene al propio deudor a cumplir la obligación de hacer –tanto en las obligaciones fungibles como en las no fungibles– *depende de cómo se configure sustantivamente el remedio del cumplimiento específico, y en particular, de cuáles sean sus límites*. Y en este punto, como se ha mostrado, se observa una cierta *evolución*: la doctrina española moderna tiende a admitir “nuevos” límites al remedio del cumplimiento. A mi juicio, la adopción de esos “nuevos” límites al cumplimiento podría llegar a excluir la posibilidad de que el acreedor pueda obtener una condena al cumplimiento específico de una obligación de hacer. La efectividad de esta última afirmación requiere considerar con mayor detenimiento esos “nuevos” límites al cumplimiento específico, límites que están tomados, en una buena medida, de los modelos de modernización del Derecho de contratos (de ello daré cuenta en el siguiente capítulo de la tesis).

Paralelamente, la idea de que el acreedor deba intentar *primero* la satisfacción *in natura* de su crédito, antes de poder buscar la satisfacción por *vías alternativas* es una idea que ha perdido fuerza. Hoy, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, parece abrirse camino la idea de que el acreedor puede buscar la satisfacción de su crédito *por la vía que mejor satisfaga su interés*.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

IV. LA PERSPECTIVA PROCESAL. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN *IN NATURA* Y LA IDEA DE QUE ESTA ES LA VÍA PREFERENTE DE EJECUCIÓN

[302] Como se ha dicho al comienzo de este capítulo, solo una vez que el acreedor de la obligación contractual de hacer (el cliente del servicio) ha obtenido a su favor una sentencia en la que se condena al deudor (al prestador del servicio) a realizar la obligación incumplida, es que *cabe preguntarse, si dicho acreedor tiene derecho al cumplimiento específico (o in natura) de esa condena judicial a realizar la prestación de hacer.*

1. EL DERECHO A QUE LA SENTENCIA SE EJECUTE “EN SUS PROPIOS TÉRMINOS”. SU RECONOCIMIENTO Y SUS LÍMITES

a) El derecho a la ejecución como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva

[303] El art. 24.1 de la Constitución Española (en adelante CE), que se encuentra dentro del Título Primero (*De los derechos y deberes fundamentales*), establece: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.*

La garantía constitucional del art. 24.1 CE –que la doctrina y la jurisprudencia constitucional denominan sintéticamente como *derecho*

a una tutela judicial efectiva¹⁰²⁹— es de contenido complejo, en el sentido de que tiene *múltiples manifestaciones*, las que se presentan, sobre todo, de cara a la potestad jurisdiccional¹⁰³⁰. Ahora bien, en la medida que la *ejecución* es parte de la potestad jurisdiccional¹⁰³¹, el derecho a la tutela judicial efectiva *incluye* lógicamente *un derecho a la ejecución*. Tal derecho a la ejecución consiste en el derecho a obtener el cumplimiento efectivo de las sentencias. Así lo entiende la doctrina¹⁰³² y así lo ha

¹⁰²⁹ Por todos, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24: garantías procesales” en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. 3, Edersa, Madrid, 1996, p. 27.

¹⁰³⁰ Para una presentación de estas diversas proyecciones (o, si se quiere, para un análisis del contenido de este derecho a la tutela judicial efectiva) véase, por ejemplo, CALAZA LÓPEZ, S., “Principales proyecciones del Derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *RGDP*, n. 23, 2011, pp. 1-35; y también Díez-PICAZO GIMÉNEZ (1996) p. 31 y ss.

¹⁰³¹ En efecto, la doctrina entiende, con base en el art. 117.3 CE [*“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*] que la potestad jurisdiccional no se agota en la mera actividad consistente en la declaración del derecho, sino que la potestad jurisdiccional también incluye la ejecución de las sentencias [*cfr.* por ejemplo, CACHÓN CÁRDENAS, M., *Apuntes de ejecución procesal civil*, Universitat Autònoma de Barcelona (Servei de Publicacions), Bellaterra, 2011, p. 10].

¹⁰³² Se entiende que “sin [este derecho a la ejecución] la tutela de los derechos e intereses legítimos de los que obtuvieron una sentencia favorable no sería precisamente efectiva, sino que podría limitarse a conseguir declaraciones de intenciones y reconocimiento de derechos sin alcance práctico” [CALAZA LÓPEZ (2011) p. 22]. Véase, también en este sentido, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (1996) p. 44 y ss.; MORENO CATENA, V., *La ejecución forzosa* p. 27; y MORENO CATENA, V., “Algunos problema de la ejecución forzosa”, *AFDUAM*, n. 5, 2001, pp. 187-189.

La doctrina funda este derecho a obtener el cumplimiento efectivo de las sentencias, además, en el art. 118 CE: *“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”* [en este sentido, por ejemplo, BERMÚDEZ REQUENA, J. M., “Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles”, *Diario La Ley*, n. 6967, Sección Doctrina, 13 Junio de 2008, año 29, ref. D-186 (I) [la citada es la versión electrónica, que carece de numeración de páginas,

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

dicho claramente el Tribunal Constitucional¹⁰³³. Y, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el *derecho a la ejecución* de las sentencias implica que ellas sean “cumplidas en sus propios términos”:

“Es doctrina consolidada de este Tribunal que la ejecución de las Sentencias «en sus propios términos» forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello significa que ese derecho fundamental lo es al cumplimiento de los mandatos que la Sentencia contiene, a la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la imposición forzosa a la parte vencida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada” ¹⁰³⁴.

por lo que las sucesivas citas a este trabajo se harán con indicación del epígrafe (en números romanos) y del sub-epígrafe (en números arábigos)].

¹⁰³³ Así, en la STC (Sala 2.ª) de 18 de abril de 2005, se afirma: “[e]s doctrina constitucional reiterada que el derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren serían meras declaraciones de intenciones” [(86/2005) Ponente: Magistrado D. R. Rodríguez Arribas (BOE n. 120 de 20 de mayo de 2005), FJ 2.º]. STC (Sala 1.ª) de 15 de diciembre de 1998 enumera las sentencias que asientan esta doctrina jurisprudencial: “[p]or lo que se refiere al derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos, como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), conviene comenzar recordando la doctrina que este Tribunal tiene establecida sobre el particular. Existe una jurisprudencia reiterada (SSTC 32/1982, 61/1984, 67/1984, 109/1984, 106/1985, 155/1985), que alcanza su punto culminante con una serie de Sentencias dictadas en 1987 (SSTC 33/1987, 125/1987, 167/1987 y 205/1987), que acabaron de perfilar la doctrina al respecto y que serán luego citadas y aplicadas en los años posteriores (SSTC 148/1989, 153/1992, 194/1993, 247/1993 y 219/1994, entre otras)” [(240/1998) Ponente: Magistrado D. Pablo García Manzano (BOE n. 17 de 20 de enero de 1999), FJ 2.º].

¹⁰³⁴ STC (Sala 1.ª) de 21 de diciembre de 1987 (205/1987) Ponente: Magistrado D. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BOE n. 7 de 8 de enero de 1988), FJ 3.º.

b) La idea de un derecho a la ejecución específica o *in natura*, y la idea de que esta es la vía preferente de ejecución

[304] ¿Permite, lo que hasta aquí se ha dicho, afirmar que existe *un derecho al cumplimiento específico de la sentencia*? La respuesta no es sencilla, sobre todo si se considera el alcance que el Tribunal Constitucional ha atribuido a la garantía del art. 24.1 CE:

“[E]l art. 24 de la Constitución y la consagración constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no alcanzan a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de una Sentencia, pues, supuesto que la norma constitucional se cumple si la Sentencia es efectiva y el derecho del ciudadano recibe satisfacción, hay que concluir que tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación” ¹⁰³⁵.

La doctrina procesal desprende, en consecuencia, que “[e]l legislador ordinario tiene libertad de configuración normativa para establecer el modo de ejecución de condenas no dinerarias y, en particular, las circunstancias determinantes del cambio a una ejecución por

¹⁰³⁵ STC (Sala 2.ª) de 29 de junio de 1983 (58/1983) Ponente: Magistrado D. L. Díez Picazo (BOE n. 168 de 15 de julio de 1983), FJ 2.º. Sobre el punto, véase también MAGRO SERVET, V. (coord.) *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, 4.ª ed., La Ley, Madrid, 2010, pp. 989-990.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

equivalente dinerario de la prestación” ¹⁰³⁶. Así pues, este derecho constitucional a la tutela judicial efectiva *se satisface tanto por la ejecución in natura o específica* –que es aquella que tiende a proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés específico en la obligación ¹⁰³⁷–, *como por la ejecución sustitutiva o por equivalente* (también denominada “genérica”, por oposición a “específica”) ¹⁰³⁸.

[305] Ahora bien, pese a lo que se acaba de decir, creo que es posible afirmar que la ejecución específica o *in natura* se configura como la vía *prioritaria* o preferente de ejecución, por las dos siguientes razones.

- *La primera*, porque *el ejecutante* no puede, en el momento de instar la ejecución, pedir que el ejecutado cumpla la obligación contenida en el título ejecutivo por una vía alternativa. Y es que el derecho a la ejecución de la sentencia *en sus propios términos* es un derecho que corresponde a todos los ciudadanos, y por tanto, no se reconoce

¹⁰³⁶ ORTELLS RAMOS, M., “Propuesta de reforma y mejora de la ejecución no dineraria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, *RXG*, n. 59, 2008, p. 29. En el mismo sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, M.^a Á., “Ejecución de condenas no dinerarias”, *EJ*, 2000 (6) p. 800.

¹⁰³⁷ *Cfr.* ANTÓN GUIJARRO, J., “La ejecución provisional de resoluciones judiciales. La ejecución no dineraria”, *EJ*, 2001 (3) p. 596; y MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*, La Ley, Madrid, 2010, p. 71.

¹⁰³⁸ Esta ejecución por sustitución o por equivalente puede ser definida, como “la actividad judicial ejecutiva por la que el órgano judicial ordena al ejecutado el cambio de la prestación contenida originalmente en el título ejecutivo por devenir ésta de imposible cumplimiento” [BERMÚDEZ REQUENA (2008) II.1]. Así, esta vía de ejecución supone “cambiar la prestación por otra equivalente, pero distinta” (MARTÍNEZ DE SANTOS, *Cuestiones prácticas*, p. 71).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

únicamente como un derecho del ejecutante, sino también como un *derecho del ejecutado*¹⁰³⁹.

- *La segunda razón es que el tribunal no tiene facultades discrecionales para elegir entre ordenar el cumplimiento específico de la sentencia u ordenar el cumplimiento de la sentencia por otras vías*¹⁰⁴⁰.

Como puede verse, la posibilidad de que se ordene cumplir la sentencia por una *vía sustitutiva o por equivalente es algo claramente excepcional*: sólo cabe en caso de que el cumplimiento en forma específica sea *imposible*. Así lo establece expresamente, por lo demás, el art. 18.2 de la

¹⁰³⁹ Así lo ha dicho expresamente el Tribunal Constitucional: “[e]l derecho a que la Sentencia se ejecute en su propios términos tiene un carácter objetivo en cuanto se refiere precisamente al cumplimiento del fallo sin alteración y no permite por tanto suprimir, modificar o agregar a su contenido excepciones o cargas que no puedan reputarse comprendidas en él. En consecuencia, la ejecución ha de consistir precisamente en lo establecido y previsto en el fallo y constituye, junto al derecho del favorecido a exigir su cumplimiento total e inalterado, el del condenado a que no se desvirtúe, se amplíe o se sustituya por otro. Cualquier alteración debe obedecer a causa prevista en la Ley, como lo es la imposibilidad legal o material de ejecución” [STC 219/1994, de 18 de julio de 1994. Ponente: Magistrado. D. Gabaldón López (BOE n. 197 de 18 de agosto de 1994), FJ 3.º]. Sobre el punto, véase SOLCHAGA LOITEGUI, “Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil”, *CDJ*, 1992 (10) pp. 25-26.

¹⁰⁴⁰ En este sentido, ORTELLS RAMOS afirma que, pese a que el legislador puede organizar las vías de ejecución con libertad, “[h]a de tenerse presente, por una parte, que la efectividad del derecho a la tutela judicial *quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo* (STC 15/1986, FJ 3.º), y, por otra parte, que ese cambio en el modo de ejecución ha de estar fundado –como dice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional [...]– en razones atendibles” [ORTELLS RAMOS (2008) p. 29; las cursivas son entrecomillado en el texto original].

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)¹⁰⁴¹:

En relación con este punto, creo conveniente destacar que:

- i. La imposibilidad del cumplimiento, en cuanto límite de la ejecución *in natura* de la sentencia, *debe ser una imposibilidad producida lógicamente en una fecha posterior a la sentencia* (se trata, por tanto, de una imposibilidad sobrevenida en relación con la fecha del título ejecutivo)¹⁰⁴². *Si la imposibilidad se produce con anterioridad a la sentencia, entonces dicha imposibilidad incidirá en el contenido de la sentencia, y no en su ejecución*¹⁰⁴³.
- ii. El hecho de que el cumplimiento de la sentencia por vía equivalente sea considerada una vía excepcional, determina que *la imposibilidad de cumplimiento deba ser acreditada*, y además que

¹⁰⁴¹ Art. 18.2 LOPJ: “*Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno [...]*”.

¹⁰⁴² La imposibilidad de ejecución, que justifica la sustitución del cumplimiento específico *in natura* por una indemnización de daños debe ser “*sobrevenida y excepcional*” [STC de 18 de julio de 1994 (219/1994) Ponente: Magistrado. D. Gabaldón López (BOE n. 197 de 18 de agosto de 1994), FJ 5.º]. En este sentido, véase también MAGRO SERVET (coord.) *Guía práctica*, p. 990.

¹⁰⁴³ “Si en el momento de la presentación de la demanda es ya evidente que no puede procederse al cumplimiento de las obligaciones contractuales por haberse hecho imposible la misma, no se está ante el caso que ahora examinamos, pues lo procedente entonces es que se pida lo oportuno por el actor, atendida la imposibilidad, de modo que la condena de la sentencia ya debe partir de la imposibilidad [...] cuando la imposibilidad del cumplimiento de la obligación se produce después de la sentencia, que ha condenado de acuerdo a como de asumió la obligación, es cuando puede aparecer la imposibilidad natural de la ejecución en sus propios términos; se trata, pues, de que lo que se convierte en imposible es la ejecución de la sentencia y no ya el cumplimiento de la obligación contractual” [MONTERO AROCA, J./FLORS MATÍES, J., *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, t. 2, pp. 1968 y 1976].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

sólo la imposibilidad *en sentido estricto* permita este cambio en la forma de ejecución ¹⁰⁴⁴.

iii. En caso de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, la conversión a la vía equivalente *no es automática*, sino que depende del ejecutante, quien debe así solicitarlo ¹⁰⁴⁵.

iv. Y, por último, que en la doctrina procesal se entiende que ese cumplimiento de la sentencia por la vía del cumplimiento genérico o por equivalente *“no corresponde a una indemnización de daños”* ¹⁰⁴⁶.

[306] Todo lo que se acaba de decir, ofrece el *marco general* en el que se sitúan las vías por las que la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 (en adelante, también LEC) tiende al cumplimiento de las *condenas de hacer*, que son las que interesa considerar en este trabajo.

¹⁰⁴⁴ En este sentido, MONTERO AROCA/FLORS MATÍES, *Tratado de proceso*, t. 2, p. 1968.

¹⁰⁴⁵ NADAL GOMEZ, I., “Comentario a los arts. 699 y ss.”, en ARMENTA, T./CORDÓN, F./MUERZA, J./TAPIA, I. (coords.) *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, v. 2, Navarra, 2001, p. 604. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa*, p. 428.

Vigente la LEC de 1881, se entendía que la conversión a dinero (al equivalente pecuniario), en cambio, era casi automática, como explica MORENO CATENA: “[e]n nuestro ordenamiento regía un mecanismo de conversión prácticamente automática de la ejecución específica por una ejecución de pago de dinero, dándole al ejecutante no aquello a lo que es acreedor, sino un equivalente pecuniario. Esta ejecución por el equivalente [...] representa el reconocimiento palmario por parte del sistema jurídico de un cierto fracaso, pues con sus propios medios, con toda la coerción que es capaz de realizar el Estado a través de los órganos judiciales, no consigue proporcionar a quien tiene derecho –porque así lo ha reconocido el propio sistema– exactamente aquello que le corresponde” (*La ejecución forzosa*, p. 124).

¹⁰⁴⁶ BERMÚDEZ REQUENA (II. 2).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

2. LA EJECUCIÓN ESPECÍFICA DE LAS CONDENAS QUE IMPONEN UNA OBLIGACIÓN DE HACER

[307] Las reglas que la Ley de enjuiciamiento civil contempla sobre *ejecución de las condenas* se encuentran dentro del Libro III [*De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares* (art. 517 y ss.)]. Dentro de este Libro III, se regulan de forma separada la *ejecución dineraria* (Título IV, art. 571 y ss.) y la *ejecución no dineraria* (Título V, art. 699 y ss.). En el marco de este trabajo, interesa considerar únicamente las reglas relativas a las obligaciones *no dinerarias* ¹⁰⁴⁷.

Ahora bien, conviene tener presente que la forma de ejecución de las *obligaciones no dinerarias* en la Ley de enjuiciamiento civil no se organiza bajo un único procedimiento. Las vías de ejecución dependen de la naturaleza y del objeto de la obligación de que se trate¹⁰⁴⁸. En efecto, dentro del Título V del Libro III, y tras un Capítulo I que contiene unas *disposiciones generales* (arts. 699 y 700), la Ley de enjuiciamiento civil regula, en capítulos separados, la *ejecución por deberes de entregar*

¹⁰⁴⁷ Es evidente que el cliente de un servicio puede obtener una condena dineraria. En este caso, el cliente del servicio (ahora ejecutante) *puede lógicamente obtener el cumplimiento específico de la sentencia* (esto es, obtener la suma de dinero a la que se ha condenado al ejecutado –prestador del servicio–), pero este supuesto no es el que interesa analizar. ORTELLS RAMOS señala que en este caso “no es dudoso que, atendida la prestación impuesta [la actividad ejecutiva adecuada es] la ejecución por obligaciones dinerarias” [ORTELLS RAMOS, M., “Comentario de los artículos 634 a 747” en GIMENO SENDRA, V. (dir.) *Proceso civil práctico*, La ley, Madrid, 2002, t. 8, p. 661].

¹⁰⁴⁸ Y es que, como se ha puesto de relieve por algún autor, la noción de ejecución no dineraria es “puramente negativa” pues “[s]e incluye en ella toda actividad ejecutiva de ejecución forzosa distinta de la de dar una cantidad de dinero” [CARRASCO GARCÍA, F. Á., “Ejecución dineraria especial. Ejecución no dineraria”, *EJ*, 2003 (1) p. 867].

cosas (Capítulo II, arts. 701 a 704 LEC) y la *ejecución por obligaciones de hacer y no hacer* (Capítulo III, arts. 705 a 711 LEC).

De todas esas reglas, *sólo* interesan aquí algunas de las contenidas en el Capítulo III. *No interesa* la ejecución de las *condenas de no hacer* (art. 710 LEC). *Tampoco interesan todas* las reglas de ejecución relativas a las obligaciones de hacer. En relación con esta última delimitación, hay que considerar que la Ley de enjuiciamiento civil regula, dentro del mentado Capítulo III del Libro III, el procedimiento de ejecución de dos obligaciones de hacer *que no consisten* –o si se quiere, que no pueden tener su fuente– en *la prestación de un servicio* [a saber: la obligación consistente en publicar la sentencia en medios de comunicación (art. 707 LEC) y la condena a la emisión de una declaración de voluntad (art. 708 LEC)]¹⁰⁴⁹. La atención debe centrarse, por tanto, en los arts. 705 y 711 LEC, que son reglas de aplicación general para la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer; y más especialmente en los arts. 706 y 709 LEC, que regulan, respectivamente, el procedimiento de ejecución de la *condena de hacer no personalísimo* y de la *condena de hacer personalísimo*.

¹⁰⁴⁹ Conviene tener presente que la Ley de enjuiciamiento civil contempla otras reglas de ejecución de las obligaciones de hacer, *fuera de este Capítulo III*. Como señala ORTELLS RAMOS: “[e]l régimen de esta ejecución se completa por disposiciones aplicables a modalidades específicas de hacer. Entre ellas cabe citar las obligaciones de hacer consistentes en rendir cuenta de una administración –necesario presupuesto de la ejecución dineraria por el eventual saldo a favor del ejecutante– cuya ejecución se regula en el art. 720; y las obligaciones de hacer establecidas como medidas definitivas en las sentencias de procesos matrimoniales, a cuya ejecución se aplican como reglas especiales las del art. 776.2.ª y 3.ª [...]” [(2002) pp. 659-660].

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

a) Los aspectos generales

[308] El art. 699.I LEC (*Despacho de la ejecución*) dispone: “*Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo./ En el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias*”. Lo dicho en el art. 699.I LEC es básicamente reiterado en el art. 705 LEC para las obligaciones no dinerarias (*Requerimiento y fijación de plazo*), añadiendo que ese plazo se “*fijará según la naturaleza del hacer y a las circunstancias que concurran*”¹⁰⁵⁰.

Pues bien, *lo primero que hay que apuntar* es que las vías de ejecución que contemplan los arts. 706 (para las condenas de hacer *no personalísimo*) y 709 (para las condenas de hacer *personalísimo*) LEC –que describiré de inmediato– operan *sólo una vez que ha transcurrido dicho plazo*¹⁰⁵¹. Y es por ello que, *desde este punto de vista*, me parece

¹⁰⁵⁰ En palabras de ORTELLS RAMOS: “[e]l art. 705 es una aplicación específica del art. 699” [(2002) p. 669]. Aunque no se fijan plazos mínimos ni máximos, el mismo autor plantea que “tanto la letra del art. 705, como el hecho de que el modo en que deba continuar la actividad ejecutiva dependa de que el ejecutado no haya llevado a efecto el hacer en el plazo señalado [...] inducen a pensar que, en todo caso, el plazo ha de tener una duración suficiente para posibilitar el cumplimiento de la prestación por el ejecutado” (*ibíd.*, p. 666).

¹⁰⁵¹ El art. 706.1.I LEC indica que “*Cuando el hacer a que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el Secretario judicial, el ejecutante podrá [...]*”; y por su parte, el art. 709.1 LEC, señala que “[...] *[t]ranscurrido este plazo [el que se haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el art. 699] sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá [...]*”.

posible afirmar que el sistema jurídico procesal español *favorece el cumplimiento voluntario, y en sus propios términos, de la obligación que consta en el título ejecutivo*. Esto, porque dado que todo ejecutante debe esperar un plazo de veinte días para iniciar el procedimiento de ejecución [plazo que se cuenta desde la notificación al condenado de la sentencia, laudo o acta de mediación (art. 548 LEC)¹⁰⁵²], resulta que el plazo que otorga el tribunal en virtud de los arts. 699 y 705 LEC es, en realidad, un *segundo plazo que se concede al deudor para cumplir* ¹⁰⁵³.

Ahora bien, es posible admitir que, si consta la intención del ejecutado de no realizar la conducta descrita en el título, es posible prescindir del plazo establecido en el auto que despacha la ejecución; y requerir al ejecutante para que señale la vía de ejecución por la que opta. En este sentido, el AAP de Cuenca (Sección 1) de 8 de Julio de 2008 (108/2008) Ponente: Ilmo. Sr. D. A. Díaz Delgado (RJ 2.º): “[d]on Pedro Francisco se opuso a la ejecución contra él despachada, limitándose a señalar que era «su intención» no ejecutar las obras, «por lo que se pueden encargar a un tercero», ingresando la cuarta parte de lo que, a su juicio, era el importe de la obra pendiente de ejecutar. Este Tribunal no tiene objeción alguna en reconocer que al manifestarse por uno de los ejecutados la expresa voluntad de no ejecutar las obras a las que había sido condenado, puede ser prescindible esperar a que transcurra el plazo establecido en el auto despachando ejecución (en este caso dos meses). Pero, en tal caso, lo que debió hacerse es requerir a la parte ejecutante para que manifestase, conforme a la facultad que a él y no al ejecutado otorga el artículo 706.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si optaba por encargar los trabajos a un tercero, a costa del ejecutado (valorándose previamente, en tal caso, el coste de dicho hacer por un perito tasador) o por el resarcimiento de daños y perjuicios”.

Por otro lado, se entiende que, una vez transcurrido el plazo, pero antes de que el ejecutante opte por las medidas de ejecución, el ejecutado *puede solicitar una ampliación del plazo* inicialmente concedido [cfr. XÍOL RÍOS (dir.) *Ley de enjuiciamiento civil. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2.ª ed., El Derecho, Madrid, 2010, p. 1617].

¹⁰⁵² Art. 548 LEC (*Plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación*): “No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado”.

¹⁰⁵³ En este sentido FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, plantea: “[l]a LEC no se muestra en exceso impaciente. Concede un nuevo plazo al deudor a pesar de que éste ha tenido ya

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

[309] Sentado lo anterior, *un segundo aspecto* que hay que tener en consideración, antes de describir las vías de ejecución que reconocen los art. 706 y 709 LEC, es que dichas vías de ejecución son de *aplicación subsidiaria*, en el sentido de que sólo son aplicables en caso de que el título ejecutivo no contenga una regla particular para el caso del incumplimiento del ejecutado (arts. 706.1.I y 709.4 LEC)¹⁰⁵⁴.

al menos dos ocasiones claras para realizar la conducta debida: cuando venció la obligación y cuando se produjo la sentencia de condena, que también contiene la orden de que se realice la prestación. A lo que se añade el *plazo de gracia* de 20 días que a todo condenado concede el art. 548” (*La ejecución forzosa*, p. 414 nota 8; las cursivas son entrecomillado en el original).

Se ha sostenido, por otro lado, que en el caso de las obligaciones *no personalísimas*, el art. 706 LEC parece conceder al ejecutado un *plazo adicional a los ya mencionados*. En el texto original del art. 706 se disponía que “[...] *si el ejecutado no lo llevare a cabo en el plazo señalado por el tribunal*”. En su redacción actual, el art. 706.1.I LEC se refiere al plazo fijado por el secretario judicial [el artículo debe su redacción actual a la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial* (BOE n. 226 de 4/11/2009)]. Esto ha llevado a sostener que el art 706 LEC “prevé, de forma manifiestamente absurda, que el secretario judicial conceda al ejecutado un plazo para que cumpla lo ordenado en la sentencia. El legislador, en su afán de atribuir competencias al secretario judicial en la ejecución, no se ha dado cuenta de que ya el juez, al dictar el auto de despacho de la ejecución, debe señalar al ejecutado un plazo para que cumpla lo establecido en la sentencia que se trata de ejecutar. Como consecuencia del error cometido por el legislador, el ejecutado dispondrá, «graciosamente», de dos plazos para cumplir la sentencia: a) el plazo que le fije el juez al despachar la ejecución, conforme a los arts. 699 y 705 LEC; b) y el plazo que le señale el secretario judicial, según la nueva redacción dada al art. 706 LEC por la Ley 13/2009. Cabe recordar que estos dos plazos se vienen a añadir al plazo general de espera que prevé el art. 548 LEC” [CACHÓN CÁRDENAS, M., *Apuntes de ejecución*, pp. 93-94]. Sobre la distribución de tareas entre el juez y el secretario judicial, en la mentada reforma de la LEC de 2009, véase ORTELLS RAMOS (2013) pp. 117-119.

¹⁰⁵⁴ El art. 706.1.I LEC, en relación con las obligaciones de hacer no personalísimas, indica que “*Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél [...]*”. Por su parte, el art. 709.4 LEC, en relación con las obligaciones de hacer personalísimas, dispone: “*No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél*”.

b) Las vías de ejecución (arts. 706 y 709 LEC)

[310] Según lo dicho, transcurridos los plazos fijados para que el condenado cumpla con la obligación sin que éste haya cumplido, y siempre que el título no contenga una regla particular para el caso del incumplimiento, se aplicará lo dispuesto en el art. 706 LEC (si el título impone un hacer no personalísimo) o lo dispuesto en el art. 709 LEC (si el título impone un hacer personalísimo). Es de destacar, que ninguno de esos artículos establece un procedimiento único de ejecución, sino que, *en ambos supuestos* (obligación no personalísima; obligación personalísima) *se reconoce al ejecutante una opción, entre dos vías de ejecución:*

- Si la obligación de hacer es *no personalísima*, el ejecutante puede pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, *o bien*, puede reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios [art. 706.1.I LEC]¹⁰⁵⁵;

¹⁰⁵⁵ No puede el acreedor, por tanto, pretender que se impongan multas coercitivas al ejecutado en el caso de la obligación no personalísima, pese a que del texto del art. 699.II LEC parece desprenderse que existe la posibilidad de imponer multas para todo tipo de ejecución de sentencias de hacer. Así lo entiende la doctrina y así también se ha fallado [sobre ello véase ESCALER BASCOMPTE, R., "La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos: una muestra jurisprudencial de la confusión existente. Análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2001", *Justicia*, 2004 (1-2) pp. 379-394, y especialmente pp. 392-394. El autor comparte el criterio de la AP de Valencia, que dejó sin efecto la multa fijada por el Juzgado de Primera Instancia, porque se trataba de una ejecución de una obligación de hacer fungible (en relación con un edificio, se había condenado a la reparación de la piedra artificial de la cubierta de todos los voladizos mediante la retirada y recolocación; y a sellar el foso del ascensor previa demolición de los revestimientos del mismo)]. En este aspecto, es interesante destacar, que en la doctrina procesal se vincula esta regla del art. 706 LEC con la del art. 1098.I CC ["la regulación del art.

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

- Si la obligación de hacer *es personalísima*, el ejecutante puede pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer; *o bien*, puede solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo (art. 709.1 LEC).

Que al ejecutante se conceda, en ambos supuestos, una opción, se presenta como una *novedad* de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, en relación con la regulación de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (sobre la forma en que se regulaba la ejecución de obligaciones de hacer en el art. 924 LEC 1881, me remito a lo dicho en el capítulo anterior, *supra* [286])¹⁰⁵⁶.

[311] En la medida en que, como puede apreciarse, las posibles vías de ejecución son *distintas*, según se trate de un hacer *no personalísimo* o un hacer *personalísimo*, es evidente que *la calificación* de la obligación que consta en el título ejecutivo *es un punto muy relevante*¹⁰⁵⁷.

1098.I CC late en el art. 706.1 LEC" (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa*, p. 424)].

¹⁰⁵⁶ En la Exp. de motiv. de la LEC 2000, se dice: "[m]ención especial ha de hacerse del cambio relativo a la ejecución no dineraria. Era preciso, sin duda, modificar una regulación claramente superada desde muy distintos puntos de vista. Esta Ley introduce los requerimientos y multas coercitivas dirigidas al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer y se aparta así considerablemente de la inmediata inclinación a la indemnización pecuniaria manifestada en la Ley de 1881. Sin embargo, se evitan las constricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario" (XVII).

¹⁰⁵⁷ Y sin duda, es por ello que se reconoce al deudor la posibilidad de alegar lo que tenga por conveniente en relación con el carácter personalísimo de la obligación. Esta posibilidad se reconoce en el art. 709 LEC [*"Cuando el título se refiera a un hacer*

En relación con ello, hay que considerar que el ejecutante, al elegir entre las vías que le confieren los arts. 706 y 709 LEC, *está calificando, subjetivamente, la obligación*. La pregunta es, si la solicitud del ejecutante –y la calificación de la obligación que hay detrás– es vinculante para el tribunal. La respuesta *depende de qué es lo que solicite el ejecutante*.

En efecto, de la regulación de estos dos artículos (706 y 709 LEC) se desprende que si el ejecutante pide que se le faculte para encargar la ejecución de la obligación a un tercero, o bien solicita el resarcimiento de daños y perjuicios, la calificación de la obligación que está haciendo el ejecutante (la considera de hacer *no personalísimo*) *sí vincula al tribunal y al ejecutado*. En cambio, si el ejecutante pide que continúe la ejecución para recibir el equivalente pecuniario, o solicita que se apremie al deudor con multas (lo que implica que el ejecutante estima que la obligación *consiste en un hacer personalísimo*) el tribunal puede denegar esta petición, si, a su juicio, la obligación *no es personalísima*¹⁰⁵⁸.

personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699 [...] alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida"]. Como se puede ver, la *oportunidad* que tiene el ejecutado para discutir el carácter personalísimo de la obligación es *anterior* al momento en el que el ejecutante decide y solicita la vía de ejecución. Por tanto, es también *anterior* al momento en que se realizará la calificación definitiva que hace el tribunal (calificación que hace al momento de admitir o no la solicitud del ejecutante basada en alguno de los derechos que le confiere el art. 709 LEC).

¹⁰⁵⁸ El art. 706 LEC no contempla la posibilidad de que el tribunal deniegue la solicitud del ejecutante, ni tampoco admite oposición por parte del ejecutado. En cambio, el art. 709 LEC, establece que si el ejecutante pretende que continúe la ejecución para recibir el equivalente pecuniario, o bien solicita que se apremie al deudor, el tribunal

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

Esta solución legal –que hace vinculante la calificación de la obligación por parte del ejecutante *sólo* si éste la considera como *no personalísima*– se estima coherente con principios básicos de la ejecución, en virtud de los cuales “no es legítimo forzar la libertad del ejecutado más allá de lo que sea objetivamente necesario para la satisfacción del derecho del ejecutante” ¹⁰⁵⁹.

Pues bien, según lo que se acaba de explicar, ante la solicitud del ejecutante por alguna de las vías que contempla el art. 709.1 LEC, será *el juez quien en definitiva tendrá que determinar el carácter personalísimo o no de la obligación*¹⁰⁶⁰. El problema es que la Ley de enjuiciamiento civil *no ofrece criterios, ni establece un procedimiento*, para tal determinación. La doctrina procesal estima que esos criterios hay que extraerlos de los conceptos indeterminados, de hacer

accederá a ello “cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706”.

¹⁰⁵⁹ En este sentido, ORTELLS RAMOS entiende que “estas soluciones legales –de vinculación y de no vinculación, respectivamente, para el hacer no personalísimo y personalísimo– son coherentes con principios básicos de ejecución [...] [ya que] no es legítimo forzar la libertad del ejecutado más allá de lo que sea objetivamente necesario para la satisfacción del derecho del ejecutante– [...] si el ejecutante estima que su derecho queda satisfecho con la actuación de un tercero a costa del ejecutado, está justificado que la ley confiera a esa apreciación eficacia vinculante de la decisión del tribunal, porque de este modo se puede alcanzar el fin de la ejecución –la satisfacción del ejecutante (art. 570)– sin limitar la libertad personal del ejecutado, sino afectando solamente su patrimonio./ Si por el contrario, el ejecutante estima imprescindible el hacer personal del ejecutado, el juez ha de tener plena potestad de decisión, para ponderar concretamente las exigencias de la tutela de la libertad personal y las del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a que el fallo se cumpla” [ORTELLS RAMOS (2002) pp. 674-675]. Y más adelante, reitera que “a esta apreciación del ejecutante sólo le da la ley una relevancia decisiva, si concluye en que el hacer es no personalísimo e insta su realización a costa del ejecutado. Su instancia es, entonces, vinculante para el tribunal” (*ibíd.*, p. 679).

¹⁰⁶⁰ En este sentido, MORENO CATENA, *La ejecución forzosa*, p. 131.

personalísimo y de hacer no personalísimo¹⁰⁶¹. Para precisar tales conceptos suele recurrirse al Derecho sustantivo (por ejemplo, al art. 1161 CC)¹⁰⁶². Una forma muy común de explicar la diferencia es, que el hacer debe considerarse fungible “cuando puede ser realizado por una persona distinta del deudor con el mismo contenido e idénticos resultados; de no ser así, la conducta es infungible”¹⁰⁶³. Para el *caso particular de las obligaciones de hacer derivadas de contratos*, se ha sugerido que a la hora de determinar si la obligación es fungible o no fungible, *no sólo debe mirarse la voluntad de las partes*, sino que también

¹⁰⁶¹ Según ORTELLS RAMOS “[p]ara realizar esta determinación son normalmente necesarios un criterio de fondo y una cierta actividad procesal para aplicarlo al asunto concreto./ El criterio de calificación no lo define la ley, sino que hay que extraerlo de los conceptos jurídicos indeterminados de hacer no personalísimo y personalísimo. Por otro lado, las oportunidades (y la necesidad) de que el tribunal aplique estos criterios se hallan muy acotadas por el modo en que el ejecutante ejerce las posibilidades procesales que le conceden los arts. 706 y 709./ Algún procedimiento, propiamente dicho, para la aplicación de los criterios, tampoco está previsto por la LEC” [ORTELLS RAMOS, M., *La ejecución de las condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, editorial La Ley, Madrid, 2005, p. 233].

¹⁰⁶² En este sentido, por ejemplo, MORENO CATENA: “En el concepto de lo que sea personalísimo, el artículo 1161 CC alude a que «se hubiesen tenido en cuenta la calidad y circunstancias del deudor al establecer la obligación y no se encontrara persona idónea para ello». Pues bien, de este precepto se debe extraer una doble premisa: la primera, de carácter subjetivo, que llevó al acreedor a considerar al obligado como el sujeto especialmente adecuado para realizar la prestación; la segunda, con claros tintes objetivos, que no permite sustituir al deudor por otra persona que cumpla en condiciones similares” (*La ejecución forzosa*, p. 130).

¹⁰⁶³ GONZÁLEZ GARCÍA (2000) p. 813. Más adelante, la autora sugiere que el “carácter personalísimo o no de la prestación no se puede determinar atendiendo a criterios apriorísticos, sino que depende fundamentalmente del interés del acreedor, y de que éste haya establecido la obligación en razón de las circunstancias personales del deudor” (*ibíd.*, p. 823). En términos similares, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, quien señala, a modo de ejemplo, que “es fungible la conducta que consiste en reparar un coche, pintar las paredes de un edificio o construir una valla de protección a lo largo de una carretera” (*La ejecución forzosa*, p. 423). Y más adelante expresa, que “infungible es una conducta que, porque se pactó fundamentalmente en consideración de las cualidades de la persona del obligado, no puede ser realizada por persona distinta del deudor con el mismo contenido y con idénticos resultados” (*ibíd.*, p. 426).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

hay que considerar “la relación como se presenta en su significado objetivo (valor social y económico)”¹⁰⁶⁴.

c) ¿Hay en la LEC elementos que determinen en alguna medida la elección del ejecutante por una particular vía de ejecución?

[312] Como se ha dicho, ya se trate de obligaciones de hacer *no personalísimo*, ya se trate de obligaciones de hacer *personalísimo*, el ejecutante tiene una *opción* entre dos vías de ejecución. Y es él quien, en cada caso, *elige cuál de las dos vías que le ofrece la LEC satisface mejor su derecho*. Esto quiere decir, que una vez establecido el carácter *personalísimo* o no de la obligación, ni el tribunal ni el ejecutado pueden oponerse a la vía de ejecución elegida por el ejecutante. La decisión viene determinada, por tanto, *por la voluntad del ejecutante*.

Siendo esto así, y a modo de conclusión de este apartado sobre el derecho al cumplimiento específico desde la perspectiva procesal, creo oportuno preguntarse si existe *algún elemento en la regulación legal que pueda influir en la decisión del ejecutante*. Me referiré, en primer lugar, a la elección *entre la autorización para que ejecute un tercero y el*

¹⁰⁶⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS (2002) pp. 679-680. Agrega el mismo autor que, por otro lado, “hay casos en los que la prestación podría ser realizada por otro, con la misma utilidad para el ejecutante, por persona distinta del ejecutado [...] pero que en concreto, sólo puede ser cumplida por el ejecutado, dado que éste dispone de los medios técnicos imprescindibles para llevar a cabo la prestación que requiere el ejecutado./ [...] [a] mi juicio, si la causa de estar limitada al ejecutado la posibilidad de realizar la prestación, es de carácter jurídico –por ejemplo: monopolio de derecho, necesidad de utilizar, para la realización del hacer, un procedimiento patentado del que el ejecutado es licenciataria exclusivo– el hacer debe considerarse *personalísimo*” (*ibíd.*, p. 681).

resarcimiento de daños, en las obligaciones de hacer no personalísimo. Luego, me referiré al caso de las obligaciones personalísimas.

[313] Tratándose de las obligaciones de *hacer no personalísimas*, el art. 706 LEC, como ya se ha dicho, otorga al acreedor una opción entre encargar el hacer a un tercero y el resarcimiento de daños.

¿Es la ejecución por tercero una vía de ejecución atractiva para el ejecutante? Para responder, conviene destacar que si “*el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el Secretario judicial*” (art. 706 LEC)¹⁰⁶⁵. Tras ello, el ejecutado debe depositar la cantidad aprobada, o afianzar el pago. En caso que no haga ni lo uno ni lo otro, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener *la suma que sea necesaria*¹⁰⁶⁶.

El problema es que del texto del art. 706 LEC no queda claro *si dicha suma* –la valoración del coste de la prestación– tiene el carácter de

¹⁰⁶⁵ El art. 706 LEC nada dice sobre la posibilidad de recusar al perito, o de objetar el informe. ESCALER BASCOMPTE muestra que el punto no es pacífico en los tribunales: mientras que algunos se han decantado por una interpretación literal del texto del artículo, denegando la posibilidad de las partes de plantear alegaciones al respecto, otros tribunales admiten tales alegaciones, en protección de las garantías procesales. ESCALER BASCOMPTE es de esta segunda opinión [ESCALER BASCOMPTE, R., “Diferentes interpretaciones. Preceptos LEC. Ámbito de la cuestión: ejecución condenas no dinerarias”, *Justicia*, 2007 (3-4), pp. 183-185]. En esta segunda línea, se ha afirmado que debe entenderse que plantear estas alegaciones es posible, ya que “cualquier otra situación vulnera y quebranta los derechos de defensa y contradicción” [cfr. XIOL RÍOS (dir.) p. 1634. En todo caso, hay que tener presente que el decreto que apruebe el monto es “susceptible de recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución” (art. 706.2 LEC).

¹⁰⁶⁶ Lógicamente, puede que se haya trabado embargo de bienes del deudor con anterioridad, en virtud de un embargo preventivo, como una medida cautelar (arts. 721 y ss. LEC).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

suma liberatoria para el deudor o si debe considerarse como una suma aseguradora de su solvencia¹⁰⁶⁷. Creo que tal falta de claridad puede operar como un *desincentivo* para el ejecutante, en relación con la opción por la ejecución por tercero como vía de ejecución. Ello, puesto que podría ocurrir que el ejecutante encargase a un tercero la ejecución¹⁰⁶⁸ *sin saber si tiene totalmente cubierto, o afianzado, el importe que deberá pagar al tercero*. Y es que hay que considerar que esta vía de ejecución, aun cuando los tribunales la han denominado como “ejecución *in natura* por tercero”¹⁰⁶⁹, supone una nueva y distinta

¹⁰⁶⁷ “También debemos tomar en consideración, como recogen muchas sentencias de las Audiencias Provinciales, la parquedad de la regulación que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se trata del cumplimiento de obligaciones de hacer no personalísimo y el ejecutado se niega a su ejecución, optando el ejecutante por encargar la ejecución a un tercero, al amparo del artículo 706-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de aplicar un trámite de rendición de liquidación y comprobación posterior, así como tampoco si la cantidad fijada inicialmente por el juzgador, tras la pericial, tiene el carácter de entrega liberatoria para el deudor o aseguradora de su solvencia y, por tanto, cabe una liquidación final en la que se pueda incluir el incremento del coste de la reparación” [AAP Valencia (Sección 7) de 10 de abril de 2007 (6/2007) Ponente: Ilma. Sra. M.ª del C. Escrig Orenga (FJ 3.º)].

¹⁰⁶⁸ “La nueva Ley deja claro que el encargo *lo hará directamente el ejecutante* (previamente autorizado por el Ejecutor –706 1 y 2), lo que significa que corresponde al ejecutante elegir al tercero que realizará la prestación” [FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa*, p. 424, cursivas del original].

¹⁰⁶⁹ Así por ejemplo, el AAP Barcelona (Sección 13) de 2 de septiembre de 2004: en este caso, el tribunal calificó la obligación impuesta al demandado en la sentencia – obligación consistente en “retirar cajas, conducciones eléctricas, cableados y conexiones [...] reponiendo la fachada [de la casa del demandante] a su estado anterior”– como una obligación de hacer no personalísima (“o insustituible”, dice el tribunal), y entiende que en tal caso, el ejecutante, si opta por el que la obligación se ejecute a costa del ejecutado, opta por una ejecución “*in natura*” por tercero [(4039/2004) Ponente: no se indica (RJ 2.º)].

relación contractual entre el ejecutante y el tercero, y por tanto, el ejecutante es quien debe pagar al tercero ¹⁰⁷⁰.

Si bien, como se acaba de indicar, el art. 706 LEC no lo deja claro, se ha entendido que esa suma –la valoración del coste de la prestación– ha de considerarse *“como anticipo y garantía de las sumas necesarias para la ejecución, sometido a posterior control o liquidación judicial, es decir, si la obra cuesta más de lo indicado por el perito, el ejecutante podrá reclamar el exceso”* ¹⁰⁷¹. Y, por tanto, desde este punto de vista, podría sugerirse –creo– que la vía de ejecución “por tercero” representa teóricamente una *ventaja* en relación con la alternativa de solicitar el resarcimiento de los perjuicios, *en el caso de que el ejecutante esté pensando en obtener la prestación de un tercero en un momento posterior*. Esto, porque una vez firme la resolución que fija la suma indemnizatoria, ésta no podrá ser modificada¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ ORTELLS RAMOS señala los argumentos para concluir esto: básicamente, que en ningún lugar de la Ley de enjuiciamiento civil se regula ningún aspecto vinculado al contrato con el tercero, y que no hay ningún requisito ni procedimiento para la selección del tercero [(2002) p. 685]. Véase también, sobre este punto, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa*, p. 425.

¹⁰⁷¹ AAP Valencia (Sección 7) de 10 de abril de 2007 (6/2007) Ponente: Ilma. Sra. M.^a del C. Escrig Orenga (FJ 4.^º).

¹⁰⁷² La opción por el *resarcimiento de los daños* requiere cuantificarlos, lo que se hace de conformidad con las reglas contenidas en los arts. 712 y ss. LEC. Básicamente, se trata de un procedimiento contradictorio: el ejecutante solicita la indemnización, acompañando una relación de los daños y su valoración, pudiendo acompañar dictámenes y documentos que considere oportuno (art. 713.1 LEC); de todo ello se da traslado al ejecutado, por diez días. Si el ejecutado está conforme (art. 714.1 LEC), o transcorre dicho plazo sin oposición, o el ejecutado simplemente se limita a negar genéricamente la existencia de daños y perjuicios, sin concretar los puntos en que discrepa, se entiende que está conforme con la relación del ejecutante (art. 714.2 LEC), *“se hará efectiva la suma convenida en la forma establecida en los artículos 571 y siguientes para la ejecución dineraria”* (art. 714.1 LEC). Si el ejecutado se opone

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

[314] Tratándose de obligaciones de *hacer personalísimo*, el art. 709 LEC, como ya se ha dicho, ofrece al acreedor una elección entre la imposición de *multas coercitivas*, o que la ejecución continúe para obtener el equivalente pecuniario de la prestación.

La introducción de las multas coercitivas en el proceso civil español –institución desconocida por la Ley de enjuiciamiento civil de 1881¹⁰⁷³– se consideró, desde un comienzo, como una de las principales *novedades* de la LEC de 2000¹⁰⁷⁴.

motivadamente, se sustanciará la liquidación de los daños y perjuicios en vista, siendo posible el nombramiento de perito para que dictamine sobre la liquidación. El tribunal por medio de auto dentro de los cinco días siguientes a la vista, fijará la suma que deba abonarse al acreedor como daños y perjuicios (art. 716.I LEC).

¹⁰⁷³ En este sentido, “[l]as respuestas que da[ba] la Ley de enjuiciamiento de 1881, frente a la actitud renuente del obligado es [era] muy limitada; se centra[ba], bien en ordenar que se haga a su costa (como en el hacer no personalísimo), bien en una indemnización de daños, en caso de hacer personalísimo. A diferencia de lo que sucedía en otros ordenamientos, en donde se regulaba medios indirectos encaminados a domar la voluntad del ejecutado, en el nuestro sólo se preveía la opción por daños y perjuicios, o el hacer a su costa que, al final, se traducía en una valoración económica del hacer” [SÁNCHEZ RIVERA, P., “La ejecución no pecuniaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)”, *EJ*, 2000 (6) p. 774]. Y como afirma ESCALER BASCOMPTE, el reconocimiento de un derecho a la ejecución *in natura* en la Constitución de 1978, no modificó esta situación, ya que “el Tribunal Supremo abogando por una interpretación literal de los arts. 924-925 LEC 1881, ha sido flexible a la hora de permitir la ejecución por sustitución, siendo muy reacto a la adopción de medidas coercitivas para doblegar la voluntad del ejecutado. Afortunadamente, había alguna excepción. Quizás la única relevante se halle en el requerimiento de cumplimiento bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia del art. 556 CP o la falta del art. 634 CP, la cual sí que halló más comúnmente muestras de aceptación tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal” [ESCALER BASCOMPTE (2004) p. 382]. En el mismo sentido, véase FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa*, pp. 413-414 y nota 7.

¹⁰⁷⁴ En este sentido, entre otros: GONZÁLEZ GARCÍA (2000) p. 825; PÉREZ DEL BLANCO, G., “La incorporación de la técnica de la *astreinte* al proceso civil español: las multas coercitivas en la Ley de enjuiciamiento civil”, *CEFLegal*, n. 46, 2004 (9) p. 41; y VEGAS TORRES, J., “Ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil”, *lcade*, n. 50, 2000 (mayo-agosto) p. 161]. Conviene destacar que, fuera de la Ley

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

Las multas coercitivas se consideran una *medida indirecta de apremio*, de naturaleza procesal, no penal ¹⁰⁷⁵, y cuya finalidad es “evitar [...] que la «resistencia pasiva» del ejecutado –o su recta oposición– hagan imposible la satisfacción «in natura» del derecho del acreedor ejecutante contenido en el título ejecutivo. Con el empleo de «apremios personales» y de «multas pecuniarias» o «coercitivas» pretende el Legislador colocar al ejecutado en una posición jurídico-económica en la que le resulte «mas rentable» cumplir la condena impuesta que atenerse a las consecuencias de su incumplimiento” ¹⁰⁷⁶.

de Enjuiciamiento civil, hay otros casos en los que el Derecho español reconoce la figura de las multas coercitivas. Para una enumeración de esos otros casos –materia que excede el ámbito de nuestro estudio– véase ORTELLS RAMOS, M., “¿Multas o astringencias?: una indefinición de la nueva ejecución forzosa”, *RIPJ*, n. 13, 2004, pp. 2-5].

¹⁰⁷⁵ Como explica ORTELLS RAMOS: “[e]n términos generales, los medios de coerción indirecta pueden ser de naturaleza penal –específica tipificación como delitos de las determinadas conductas o posibilidad de subsumirlas en los tipos de desobediencia a la autoridad- o de naturaleza procesal, consistentes en la imposición por el juez de la ejecución de deberes de pago de sumas de dinero con el fin de estimular la voluntad de cumplimiento del ejecutado./ En mi opinión, los medios coercitivos de la segunda clase son más adecuados que los de naturaleza penal. En primer lugar, porque las multas coercitivas o las astringencias –por no prejuzgar aspectos de su régimen jurídico que veremos después– resultan cualitativamente proporcionados, porque afectan a derechos de naturaleza patrimonial, como los que, por regla general, constituyen objeto de la litigiosidad civil. En segundo lugar, porque son más coherentes con el sistema jurídico que la amenaza de sanción penal, e, incluso, más efectivos que ésta./ Lo primero (la coherencia), porque respetan el principio de intervención penal mínima. Lo segundo (la mayor efectividad), porque, presupuesto un cierto activo patrimonial y una suficiente transparencia del patrimonio sujeto, es más real e inmediata la potestad coercitiva del mismo juez de la ejecución que trasladar el tanto de culpa a la jurisdicción penal”[(2013) pp. 121].

¹⁰⁷⁶ AAP de Tarragona (Sección 1) de 11 de noviembre de 2005 (663/2005) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. L. Portugal Sainz (RJ 3.º); igual en el AAP Madrid (Sección 10) de 1 de Julio de 2009 (9883/2009) Ponente: Ilmo. Sr. D. A. M. Illescas Rus (FJ 4.º).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

Ahora bien, *¿es la imposición de multas una vía de ejecución atractiva para el ejecutante?* Me parece evidente que la respuesta depende de la efectividad que tenga el régimen de multas para obtener que el deudor cumpla con la obligación, y que cumpla lo más pronto posible. Y en este sentido, tanto la *cuantía* como la *duración* de las multas son factores que me parecen importantes.

En relación con la cuantía de las multas, el art. 711 LEC dispone que “*el tribunal [...] tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constara en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas./ Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por 100 del precio o valor [...]*”¹⁰⁷⁷.

Como puede apreciarse, de ello resulta, que si en un caso determinado se fija la multa mensual en el máximo permitido por la ley (el 20% del valor de la prestación), el ejecutado (prestador del servicio) se verá económicamente conminado a ejecutar la obligación *antes* de que se le imponga la quinta multa mensual, porque en tal caso, ha debido pagar, por vía de multa, una suma que alcanzará al 100% del valor de la prestación debida.

En relación con la duración de las multas, hay que considerar que esta vía de ejecución cuenta con una limitación temporal. El art. 709.3 LEC

¹⁰⁷⁷ Estos aspectos relativos a la determinación de la cuantía de las multas, diferencian a la multa coercitiva de la Ley de enjuiciamiento civil de la *astreinte francesa*, pese a que se trata de medidas de apremio similares. Al contrario de la multa coercitiva, la *astreinte* no es una suma fija e invariable, sino que puede ir en aumento en el tiempo frente a la resistencia del ejecutado, y además, puede ser revisada, disminuyéndose, o dejada sin efecto [cfr. PÉREZ DEL BLANCO (2004) p. 48-49].

establece, que “[c]uando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero./ Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal”.

Que las multas tengan un plazo máximo implica que, pese a la opción del ejecutante por la vía de las multas, el proceso de ejecución podría terminar, igualmente, en una ejecución por el equivalente pecuniario ¹⁰⁷⁸. Hay que tener presente que la posibilidad de que, a esta altura (es decir, transcurrido el año en el que se han aplicado las multas) se impongan al ejecutado *otro tipo de medidas que resulten idóneas* (posibilidad que reconoce el mentado art. 709.3 LEC) *no es un*

¹⁰⁷⁸ El establecimiento del límite del año ha sido criticado por ESCALER BASCOMPTE, en estos términos: “[a]nte la dificultad de articular otras fórmulas de apremio que puedan tener mayor eficacia para asegurar el cumplimiento en sus términos, no se comprende por qué el legislador corta la posibilidad de seguir coercionando por esta vía transcurrido el año. Más aun cuando el propio legislador, en otros puntos de la LEC, como al regular la ejecución forzosa para los procesos matrimoniales en el art. 776 LEC, no ha tenido inconveniente en reconocer el mantenimiento de las multas coercitivas por todo el tiempo que haga falta en caso de incumplimiento de las obligaciones no pecuniarias de carácter personal” [(2008) p. 277].

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

derecho del ejecutante, sino que se trata de medidas de apremio que dependen de la discrecionalidad del tribunal ¹⁰⁷⁹.

La posibilidad de que el ejecutante deba, transcurrido el año, conformarse, finalmente, con el equivalente pecuniario de la prestación, *es un aspecto que el ejecutante habrá de tener en consideración a la hora de optar por la vía de las multas*. Y es que, además del tiempo invertido en tratar de obtener la prestación, la suma en que consiste la multa coercitiva *no beneficia al ejecutante*, sino al Estado¹⁰⁸⁰. Y, por esta razón, la merma del patrimonio del ejecutado, que se produce a través de la vía de las multas coercitivas, *podría significar un riesgo* para la

¹⁰⁷⁹ “Es el juez quien decide sobre la conveniencia o no de acordarlas” [PARDO IRANZO, V., *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 311].

Por otro lado, no es claro qué medidas podrían imponerse. Según ESCALER BASCOMPTE, una medida de apremio podría ser el ser el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia [cfr. ESCALER BASCOMPTE, R., “Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución”, *Justicia*, 2008 (3-4) p. 277]. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, quien precisa que entre esas medidas cabe “la amenaza expresa de sanción penal por el delito de desobediencia”, aunque luego explica el mismo autor que “la doctrina penalista no es partidaria de aplicar este tipo, y otra serie de sentencias del TS así lo ha confirmado” (*La ejecución forzosa*, p. 427 y nota 47). En términos parecidos, MORENO CATENA (2001) pp. 197-198.

¹⁰⁸⁰ Aunque en la LEC no se establece expresamente que las multas sean en beneficio del erario público, así lo entiende la doctrina [cfr. por ejemplo, PÉREZ DEL BLANCO (2004) p. 49; y FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa*, p. 428].

Como muestra SÁNCHEZ RIVERA, el hecho de que la multa coercitiva beneficia al Estado, y no al ejecutante, las distingue de otras figuras afines, como son las *indemnizaciones coercitivas* que contemplan la *Ley 17/2001, de Marcas* (BOE n. 294 de 8/12/2001), art. 44 (*Indemnizaciones coercitivas*) y la *Ley 20/2003, de Protección jurídica del Diseño Industrial* (BOE n. 162 de 8/7/2003), art. 55 (*Cálculo de los daños y perjuicios e indemnizaciones coercitivas*) [cfr. SÁNCHEZ RIVERA, P., “Las indemnizaciones coercitivas”, *Diario La Ley*, n. 7919, Sección Doctrina, ref. 8236/2012, en particular, para un estudio sobre la naturaleza y características de las mentadas indemnizaciones coercitivas].

satisfacción del crédito del ejecutante, en el caso en que, finalmente, no quede más remedio que buscar la satisfacción por la vía del equivalente pecuniario¹⁰⁸¹.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[315] En este capítulo se ha comenzado por afirmar, que la pregunta por el derecho del cliente de un servicio al cumplimiento específico puede y debe ser analizada desde dos perspectivas distintas. Una perspectiva de análisis es la del derecho al cumplimiento específico desde el punto de vista del Derecho sustantivo, esto es, *el derecho del acreedor a obtener una condena de cumplimiento específico*. La otra perspectiva de análisis –que además desde el punto de vista del proceso se plantea en un momento posterior– es la perspectiva procesal, esto es, *el derecho al cumplimiento específico de la condena a un hacer*. Finalizado el estudio, las principales conclusiones que surgen del mismo son las siguientes:

1. En lo que respecta a la *perspectiva sustantiva*:

¹⁰⁸¹ En este sentido, ORTELLS RAMOS, sobre todo, porque es posible plantear que la multa establecida en beneficio del erario público tenga *preferencia* desde el punto de vista de la prelación de los créditos, frente al derecho del ejecutante al equivalente pecuniario [(2013) p. 122]. En este punto, entiende FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ que “lo razonable sería conferir preferencia en todo caso a la ejecución de la indemnización de daños y perjuicios para el ejecutante: porque aunque multas coercitivas y daños y perjuicios sean partidas independientes, lo cierto es que las primeras están al servicio de la satisfacción del interés del ejecutante [...] y no es razonable que, algo previsto para beneficiarle, pueda tornarse en perjuicio suyo” (*La ejecución forzosa*, p. 428, nota 50).

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

a) En el Derecho español, el acreedor puede demandar al deudor el cumplimiento específico de la obligación debida, pero ello no quiere decir que vaya a obtener una condena favorable. La posibilidad de obtener una condena al cumplimiento específico de la obligación tiene dos límites claros. Uno, que sea todavía posible el cumplimiento de la obligación en los términos pactados. El otro, que la demanda de cumplimiento específico respete las exigencias de la buena fe (art. 7 CC). Además de esos dos límites (que pueden ser interpretados de manera más o menos amplia) la doctrina moderna considera la razonabilidad de introducir algunos otros. Es lógico, que en la misma medida que la procedencia de la pretensión de cumplimiento se limite, más fácil resulta poner en tela de juicio la idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico, así como la idea de que éste sea el remedio preferente.

b) Lo anterior, que se dice de forma general respecto de cualquier clase de obligación, es también cierto en relación con las obligaciones de hacer. En este sentido, el art. 1098 CC, que es el único que se refiere al efecto de las obligaciones de hacer, *no dice nada en relación con la posibilidad de obtener que se condene al propio deudor al cumplimiento específico*. Ello es así, porque se entiende que este artículo contiene una norma de carácter procesal, que opera en la fase de ejecución, y que por tanto, presupone esa condena al cumplimiento específico. Por la misma razón, el hecho de que la Ley de enjuiciamiento civil contemple, o no, vías de apremio para obtener el cumplimiento en forma específica, tampoco incide en la posibilidad de obtener una

condena en contra del deudor al cumplimiento específico de la obligación contractual de hacer.

2. En lo que respecta a la *perspectiva procesal*, el estudio permite concluir que:

a) El cliente de un servicio, que haya obtenido a su favor una sentencia en la que se condena al prestador del servicio a realizar la prestación de hacer en la que consiste el servicio (condena de cumplimiento específico), puede obtener una satisfacción *in natura*. ¿Qué significa esto? Si se trata de una obligación consistente en un hacer *no personalísimo*, ello significa que, ante la negativa o pasividad del deudor, es posible encargar la prestación a un tercero, a cargo del ejecutado (deudor). El ejecutante obtiene así la prestación debida, pero *de persona distinta del deudor*. En este caso, no existe la posibilidad de imponer apremios al condenado, a fin de obtener que éste cumpla por sí mismo. Si en cambio, se trata de una obligación consistente en un hacer *personalísimo*, el ejecutante puede solicitar que se apremie con multas al ejecutado, para buscar que éste cumpla con la sentencia en sus propios términos. No obstante, estas multas pueden extenderse sólo por un año.

b) Si bien se admite que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se satisface teóricamente tanto por la vía del cumplimiento *in natura*, como por la vía del cumplimiento por equivalente, creo que es posible afirmar que en el ordenamiento jurídico-procesal español existe *cierta preferencia* por la ejecución *in natura*. Por un lado, porque la vía sustitutiva se considera excepcional:

9. Cumplimiento específico... en el Derecho español vigente...

opera sólo en caso de imposibilidad de la ejecución *in natura*. Por otro lado, esa preferencia por la vía del cumplimiento específico se manifiesta en los *sucesivos plazos* que se le conceden al condenado para cumplir con la obligación. Sólo una vez que transcurren esos sucesivos plazos, se admite que sea el ejecutante quien decida la vía que, a esa altura del proceso, le parezca más conveniente: si insiste en obtener el cumplimiento de la obligación, o bien si quiere obtener del deudor una suma de dinero (a título de indemnización o de equivalente pecuniario).

CAPÍTULO 10

El cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR: exposición y comparación con otros modelos de modernización del Derecho de contratos

I. INTRODUCCIÓN

[316] Este último capítulo de la tesis tiene la finalidad de ofrecer unas *perspectivas de futuro*, en relación con el derecho del cliente de un servicio a obtener el cumplimiento específico del contrato. Para ello, tomo como *punto de referencia* la forma en que se regula el remedio del cumplimiento específico (*specific performance*) en el DCFR. La adopción del DCFR como punto de referencia se justifica en la medida que se busca complementar el estudio del modelo de los *service contracts* del DCFR realizado en el capítulo cinco de esta tesis.

[317] La regulación del DCFR del remedio del cumplimiento específico se compara, a lo largo del capítulo, con otros textos que, junto con el DCFR, agrupo bajo la denominación de *modelos de modernización del Derecho de contratos*, y que contienen reglas sobre el cumplimiento específico de las obligaciones que consisten en realizar una actividad.

Me refiero específicamente a los Principios Unidroit, a los PECL y al CESL. Incluyo también, dentro de este grupo, a la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, de la Sección civil de la Comisión General de Codificación, del año 2009 (en adelante, PMCC)¹⁰⁸².

[318] Este capítulo se divide en tres partes. La primera parte contiene unas *consideraciones preliminares*. La segunda parte analiza *la forma en que se reconoce el remedio del cumplimiento específico*. Y la tercera parte da cuenta de las *limitaciones o excepciones a este remedio*.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DEL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN EL DCFR Y EN LOS DEMÁS MODELOS DE MODERNIZACIÓN CONSIDERADOS

a) Sobre el DCFR

[319] He dicho que la adopción del DCFR como punto de referencia se justifica en la medida en que, con ello, se busca complementar el

¹⁰⁸² Publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año 63, 2009 (enero). Sobre la función de la Comisión General de Codificación, véase JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M., “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de Obligaciones”, *RJUAM*, n. 19, 2009 (1) pp. 155-179; y en particular, sobre la PMCC del año 2009, pp. 168 y 170 y ss. Otra presentación, muy sucinta, de la PMCC, en Díez-PICAZO, L., “La propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *BMJ*, año 65, n. 1230, 2011 (abril).

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

estudio del modelo de los *service contracts* del DCFR que se ha hecho en el capítulo cinco de la tesis. Pues bien, lo primero que conviene tener presente es que, dentro de la regulación general de los *service contracts* del DCFR, no se contempla una regulación de los remedios de que dispone el cliente en caso de incumplimiento, y tampoco existen en aquella regulación reglas particulares referidas al derecho del cliente a obtener el cumplimiento específico¹⁰⁸³. En el DCFR, la regulación del remedio del cumplimiento específico –así como la regulación de los demás remedios frente al incumplimiento– se halla en su Libro III (*Obligations and corresponding rights*). Al interior de este Libro III –cuyo ámbito de aplicación, conviene destacar, no se limita a las obligaciones contractuales¹⁰⁸⁴– los remedios frente al incumplimiento

¹⁰⁸³ En los PEL SC, en cambio, hay algunas reglas sobre los remedios en la parte general de la regulación, y hay también algunas normas particularmente referidas al remedio del cumplimiento específico, en la parte especial de la regulación (en la regulación del contrato de *construction* y en la regulación del contrato *processing*). Me refiero a ellas más adelante (*infra* notas 1164 y 1165). Sobre el hecho de que estas reglas no se conserven en el modelo del DCFR, valga lo dicho *supra* [124].

¹⁰⁸⁴ Art. III.–1:101 DCFR: “*This Book applies, except as otherwise provided, to all obligations within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance*”. Esto no quiere decir que estas reglas se apliquen a toda clase de obligaciones. El *comment* B de este artículo deja claro que el ámbito de aplicación de las reglas del Libro III está limitado al ámbito de aplicación del DCFR, y por tanto, que ellas no pretenden ser aplicables a derechos y obligaciones de naturaleza no contractual derivados del Derecho público (obligaciones consistentes en pagar impuestos, por ejemplo), relaciones de familia o relaciones laborales. En este sentido, se dice que “the intended field of application of this Book is what might be called traditional obligations of a patrimonial law nature in the field of private law, and corresponding rights” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 669].

La explicación de porqué se optó por regular en conjunto toda clase de obligaciones (dentro de los límites expuestos), y no se optó por regular en forma separada a las *obligaciones contractuales*, se puede hallar en la *Introduction* del *DCFR full*: “[a] further problem was how best to deal with contractual and non-contractual obligations within Book III. One technique which was tried was to deal first with contractual obligations and then to have a separate part on non-contractual obligations. However, this proved cumbersome and unsatisfactory. It involved either unnecessary repetition or

de la obligación se encuentran regulados en su Capítulo 3 [(*Remedies for non-performance*), arts. III.-3:101 a III.-3:713 DCFR]; y el remedio del cumplimiento específico, en la Sección 3 de dicho Capítulo 3 [(*Right to enforce performance*), arts. III.-3:301 a III.-3:303 DCFR].

[320] Un segundo aspecto que interesa destacar desde ya, es que en el DCFR la forma en que se regula el remedio del cumplimiento específico *no gira sobre la base de distinguir las obligaciones en relación con la naturaleza de la prestación* –dar, hacer, no hacer–, sino que la regulación se organiza atendiendo al *objeto de la prestación*. En el sistema del DCFR, se distingue el supuesto en que la obligación tiene por objeto una suma de dinero [art. III.-3:301 DCFR (*Enforcement of monetary obligation*)] del supuesto en que la obligación tiene por objeto algo distinto de una suma de dinero [art. III.-3:302 DCFR (*Enforcement of non-monetary obligations*)]. Es evidente que, en el marco de este estudio, *interesa centrar el análisis en el derecho al cumplimiento específico de las obligaciones de hacer*, por ser precisamente ésa la naturaleza de la obligación característica de los contratos de servicio. En la medida que la obligación característica de los contratos de servicio es, dentro del esquema del DCFR, una *non-monetary obligation* (o sea, una obligación *no dineraria*), es precisamente este supuesto (art. III.-3:302 DCFR) el que interesa analizar.

extensive and detailed cross-references to earlier Articles. Either way the text was unattractive and heavy for the reader to use. In the end it was found that the best technique was to frame the Articles in Book III so far as possible in general terms so that they could apply to both contractual and non-contractual obligations" [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 14].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

b) Sobre los demás modelos de modernización del Derecho de contratos

[321] El mentado enfoque que adopta el DCFR –la distinción entre obligaciones dinerarias y no dinerarias para regular el remedio del cumplimiento específico– *es el mismo enfoque adoptado previamente en los PECL* [arts. 9:101 (*Monetary Obligations*) y 9:102 (*Non-monetary Obligations*)], si bien existen algunas diferencias entre estos dos textos en relación con el contenido de la regulación, que luego se apuntarán¹⁰⁸⁵. Es también el mismo enfoque adoptado en los Principios Unidroit [arts. 7.2.1 (*Cumplimiento de obligaciones dinerarias*) y 7.2.2 (*Cumplimiento de obligaciones no dinerarias*)] que, en esta materia, coinciden importantemente con los PECL¹⁰⁸⁶. De ahí el interés en la

¹⁰⁸⁵ Que muchas de las reglas contenidas en los Libros II y III del DCFR derivan de los PECL es evidente, y por lo demás, así lo dicen, expresamente, los redactores del DCFR, quienes explican, además, que fue necesario modificarlas en ciertos puntos: “[i]n Books II and III the DCFR contains many rules derived from the Principles of European Contract Law (PECL) [...] however, the PECL could not simply be incorporated as they stood. Deviations were unavoidable in part due to the different purpose, structure and coverage of the DCFR and in part because the scope of the PECL needed to be broadened so as to embrace matters of consumer protection” [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, *Introduction*, p. 15].

¹⁰⁸⁶ Conviene recordar que la *Commission on European Contract Law* (conocida también como Comisión Lando) concluyó el trabajo de la primera parte de los PECL en el año 1994, parte que trata precisamente sobre el cumplimiento, el incumplimiento y sus remedios [LANDO, O./BEALE, H. (eds.) *The Principles of European Contract Law, Part I. Performance, Non-performance and Remedies*, Nijhoff, Dordrecht, 1995]. La primera edición de los Principios Unidroit es del año 1994. Pues bien, BONELL explica que, no solo es evidente que los dos grupos de trabajo (grupo Unidroit y grupo PECL) estaban al tanto del trabajo que realizaba el otro, sino que entre ellos hubo intercambio de información (facilitada, además, por el hecho de que algunas personas eran miembros de ambos grupos, como el propio BONELL), y que ambos grupos se beneficiaron del trabajo ya realizado por el otro, ya que abordaron las mismas materias pero en momentos distintos: para los Principios Unidroit se comenzó el trabajo con el capítulo de formación del contrato, seguido por el de interpretación, el de validez, el de cumplimiento y el de incumplimiento; la Comisión Lando trabajó en

comparación de estos dos textos con el DCFR. No está de más recordar que –a diferencia del DCFR– la regulación sobre el remedio del cumplimiento específico de los PECL y de los Principios Unidroit está limitada, por el propio ámbito de aplicación de estos textos, a las obligaciones *contractuales*.

[322] La PMCC adopta la misma aproximación del DCFR, en cuanto que el cumplimiento específico (que se regula bajo el epígrafe “*acción de cumplimiento*”) se mira como uno más de los *remedios*¹⁰⁸⁷ frente al incumplimiento *de la obligación* (no necesariamente de fuente contractual)¹⁰⁸⁸. Esos remedios se enumeran en el art. 1190 PMCC¹⁰⁸⁹.

orden inverso [cfr. BONELL, M. J., “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?”, *ULR*, 1996(2) pp. 232-233]]. De ahí, entonces, que sea posible sostener la influencia de los PECL en la redacción de los Principios Unidroit, en relación con la materia que nos interesa.

¹⁰⁸⁷ Conviene apuntar que la expresión “remedio” no se ha recogido expresamente en la PMCC, a pesar de su extendido uso por parte de la doctrina moderna (valga lo dicho *supra* nota 753]. La PMCC conserva la expresión más tradicional de “derecho” y de “acción”. En la Exp. de Motiv. de la PMCC, sin embargo, sí se utiliza la expresión “remedio” (VIII).

¹⁰⁸⁸ La regulación de los remedios frente al incumplimiento se encuentra al interior del Libro IV (*De las obligaciones y contratos*), pero *no* dentro Título II (De los contratos), sino al interior del Título I (*De las obligaciones*), particularmente, en el Capítulo VII [*Del incumplimiento* (arts. 1188 y ss.)].

¹⁰⁸⁹ Art. 1190 PMCC: “*En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos*”. Como plantea FENOY PICÓN, la función de este artículo 1190 PMCC, en cuanto enumera los remedios, “es novedad frente al Código Civil” [(2011) p. 1489]. La misma autora echa de menos en este artículo, alguna referencia al remedio de suspensión de la propia obligación, que sí está contemplado en el art. 1191 PMCC (*ibíd.*, p. 1490). Pese a su ubicación fuera del art. 1190 PMCC, el que la PMCC consagre expresamente el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación es una clara novedad frente al sistema del Código civil, destacándose, en este sentido, que “en la Propuesta, es un remedio sustantivo, mientras que su equivalente en el ordenamiento español actual es la

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

Por otro lado, la PMCC se acerca también al modelo adoptado por el DCFR en cuanto a que, para regular el cumplimiento específico, se distingue entre *obligaciones dinerarias* y *obligaciones distintas de la de pagar dinero* (en los párrafos I y II del art. 1192 PMCC, respectivamente). La existencia de estas similitudes es, sin duda, debido a que ambos textos (PMCC y DCFR) beben de unas mismas fuentes¹⁰⁹⁰. Ello no implica que la forma en que se regula el remedio del cumplimiento específico en la PMCC sea idéntica a la del DCFR. De ahí que sea de interés el estudio de este texto. Por lo demás, como ha expresado FENOY PICÓN, hay un “interés intrínseco” en conocer el contenido de esta propuesta¹⁰⁹¹.

[323] El CESL merece un comentario aparte. Como se ha dicho, esta propuesta representa el paso más reciente que se ha dado hacia la

exceptio non adimpleti contractus, de naturaleza claramente procesal” [SAN MIGUEL PRADERA, L., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *ADC*, 2011(4) pp. 1690]. Sobre la ubicación de la suspensión de la propia obligación dentro de la PMCC, GÓMEZ CALLE, expresa que “probablemente esta ubicación se deba a que la facultad de suspender el cumplimiento también puede ser considerada como un límite a la pretensión de cumplimiento”, en el sentido de que opera como excepción, o sea, como medio de defensa frente a los demás remedios [(2012) p. 43 y nota 42].

¹⁰⁹⁰ En este sentido, es claro que los redactores de la PMCC no pudieron haber tenido en consideración al DCFR; en palabras de FENOY PICÓN: “[a]l menos por una razón cronológica, el DCFR 2009 no ha sido tenido en cuenta en la redacción de la Propuesta civil. Tampoco creo que se haya tenido presente al DCFR 2008 (Interim Outline edition)” [FENOY PICÓN, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión de Codificación. Parte primera. El incumplimiento”, *ADC*, n. 63, 2010(1) p. 54].

De la Exp. de Motiv. de la PMCC (IV) se desprende con facilidad la influencia que los redactores reconocen a lo que denominan como “*cuerpos de derecho*”, en la tendencia a modernizar el Derecho de obligaciones y contratos. Entre estos cuerpos, se menciona expresamente la CISG, los Principios Unidroit y los PECL.

¹⁰⁹¹ FENOY PICÓN (2010) p. 52.

unificación del Derecho contractual a nivel europeo (*supra* [121] y nota 372). Pero, no es esta la única razón que justifica su estudio en este capítulo. Hay, además, otra *razón particular*. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con el DCFR y con los demás modelos de modernización, *el CESL se refiere específicamente a los remedios por incumplimiento en los contratos de servicio*; si bien la regulación se refiere sólo a los denominados *servicios relacionados* (que, como ya se ha dicho, son los únicos que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del CESL)¹⁰⁹². Esta regulación de los remedios frente al incumplimiento de los contratos de servicios relacionados se encuentra en la Parte V del CESL (llamada, precisamente, *Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados*). Se tratan, por separado, los *remedios del cliente* (art. 155 CESL) y los *remedios del prestador del servicio* (art. 157 CESL).

Considerando lo que se acaba de decir, *pudiera pensarse que, debido a su especificidad* en relación con el objeto de estudio de esta tesis (el CESL es el único de los textos antes citados que se refiere específicamente a los remedios del cliente de un servicio) la regulación de los remedios del cliente contenida en la Parte V del CESL *ameritaría un estudio separado* dentro de este capítulo de la tesis. *Sin embargo, en mi opinión, tal especificidad es aparente.*

En efecto, del art. 155.1 CESL (*Remedios del cliente*) se desprende que *los remedios de que dispone el cliente del servicio relacionado*

¹⁰⁹² Sobre la noción de “servicio relacionado” del CESL, véase *supra* nota 373.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

[enumerados en el art. 155.1 letras (a) a (e) CESL¹⁰⁹³] *son los mismos remedios que el DCFR otorga al acreedor de cualquier obligación incumplida* (el DCFR, ya se ha dicho, no trata específicamente los remedios en los contratos de servicios, sino de los remedios frente al incumplimiento de cualquier tipo de obligación). *Es decir, no hay especificidad en cuanto a los remedios frente al incumplimiento.*

Y, además, hay que considerar que esos remedios del cliente del servicio relacionado del art. 155.1 CESL *son los mismos remedios que el CESL prevé para el comprador*, y de hecho, el art. 155.1 CESL *se remite a la regulación de los remedios del comprador* [la remisión es al Capítulo 11 del CESL (art. 106 y ss.)]¹⁰⁹⁴. Y si bien es cierto que los remedios del comprador se aplican al cliente del servicio relacionado *con ciertas adaptaciones*¹⁰⁹⁵, es bastante claro, a mi juicio, que tales adaptaciones o

¹⁰⁹³ Art. 155.1 CESL: “*En caso de incumplimiento de una obligación por el prestador del servicio, el cliente tendrá a su disposición, con las adaptaciones establecidas en el presente artículo, los mismos remedios que los previstos para el comprador en el capítulo 11, a saber: (a) exigir el cumplimiento específico/ (b) dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones/ (c) resolver el contrato/ (d) reducir el precio; y/ (e) exigir una indemnización por daños y perjuicios*”.

¹⁰⁹⁴ Por otro lado, el art. 147.1 CESL (*Aplicación de determinadas normas generales sobre los contratos de compraventa*) –que es el artículo que abre la Parte V del CESL– contempla una remisión general a todo el Capítulo 9 del CESL (“*A efectos de la presente parte se aplicarán las normas establecidas en el capítulo 9*”). El mentado Capítulo 9 está situado en la Parte IV del CESL (*Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales*) y contiene las *Disposiciones generales* sobre esta materia.

¹⁰⁹⁵ Adaptaciones que, conviene apuntar, se entienden justificadas, precisamente, por las peculiaridades de los servicios frente a la compraventa [cfr. ZOLL, F./WATSON, J., “Art. 155 CESL”, en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, p. 630 (comment A)]. En este mismo sentido, se ha dicho que “[t]he rights and remedies of the consumer-costumer in a service contract linked to a sales contract follows closely sales law [...] but provide for some specific rules tailored to the service part of the contract. They seem to have been borrowed from the broadened provisions of the DCFR” [REICH, N., “An optional Sales Law Instrument for European Businesses and Consumers?” en MICKLITZ,

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

reglas particulares *no inciden en el derecho del cliente del servicio a obtener el cumplimiento específico del contrato.*

En este sentido, considérese que:

- i. Una de esas *adaptaciones* o excepciones más importantes al régimen general de los remedios del comprador del Capítulo 11 del CESL tiene relación con el *derecho que se reconoce al vendedor de subsanar su prestación defectuosa* [art. 109 CESL (*Subsanación por el vendedor*)] ¹⁰⁹⁶.

H.W./REICH, N., *The Commission proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too broad or not broad enough?*, European University Institute, Italia, 2012, p. 86. Disponible en: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/20485>.

ZOLL/WATSON expresan que, debido a que el art. 155 CESL contiene reglas que *reiteran parcialmente* el contenido del artículo 106 CESL sería mejor establecer unas reglas generales sobre remedios que sean aplicables a todos los contratos, y sólo poner por separado las excepciones [*cfr.* “Art. 155 CESL”, p. 630 (*comment A*)]. En este mismo sentido, ILLMER, M., “Related Services in the Commission Proposal for a Common European Sales Law”, *ERPL*, 2013(1) pp. 178-179.

¹⁰⁹⁶ Art. 109 CESL: “1. El vendedor que haya realizado una oferta de cumplimiento anticipado y al que se le haya notificado que el cumplimiento no es conforme con el contrato podrá hacer un nuevo ofrecimiento de cumplir con la obligación, en conformidad con los términos que la regulan, si es posible hacerlo antes de que la obligación venza./ 2. En los casos no contemplados en el apartado 1, el vendedor que haya realizado una oferta de cumplimiento que no sea conforme con el contrato podrá, sin demora indebida cuando se le notifique la falta de conformidad, ofrecer subsanarla corriendo con los gastos./ 3. La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el ofrecimiento a subsanar el incumplimiento./ 4. El comprador solo podrá rechazar la oferta de subsanación si:/ (a) la subsanación no pueda llevarse a cabo sin demora y sin molestias importantes para el comprador;/ (b) el comprador tiene un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro del vendedor; o/ (c) el retraso en el cumplimiento supondría un incumplimiento esencial./ 5. El vendedor tendrá un plazo razonable para llevar a cabo la subsanación./6. El comprador podrá dejar en suspenso su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación, pero los derechos del comprador que sean incompatibles con permitir al vendedor un plazo para llevar a cabo la subsanación se suspenderán hasta el vencimiento de dicho plazo./ 7. A pesar de la subsanación, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños por el retraso y por cualquier perjuicio causado o que no pudo ser evitado por la subsanación”.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

En lo que interesa destacar aquí, se trata de un derecho que, en el modelo del CESL, únicamente se reconoce al vendedor *en el marco de una relación entre comerciantes* (B2B). De modo que si el comprador es un consumidor (relación B2C), los *remedios no están sujetos al derecho de subsanación* del vendedor [cfr. arts. 106.2(a) y 106.3(a)] ¹⁰⁹⁷.

La especialidad que contempla el art. 155.2 CESL consiste en que *el prestador del servicio relacionado* tiene derecho a subsanar su prestación ejecutada *tanto en las relaciones B2B como en las B2C* ¹⁰⁹⁸. De modo que los remedios del cliente de un servicio

El derecho del deudor a subsanar la prestación defectuosa está reconocido en el DCFR [Libro III, Capítulo 3, Sección 2 (*Cure by debtor of non-conforming performance*), arts. III.-3:201 a III.-3:205]; en los PECL [Art. 8:104 (*Cure by Non-Performing Party*)] y en los Principios Unidroit [art. 7.1.4 (*Subsanación del incumplimiento*)]. La PMCC no reconoce este derecho, el cual, como plantea FENOY PICÓN, tampoco se reconoce con carácter general en el Código civil [cfr. (2011) p. 1556, nota 193].

¹⁰⁹⁷ Art. 106.2 CESL: “*Si el comprador es un comerciante:/ (a) los derechos del comprador a ejercer cualquier remedio, excepto dejar en suspenso el cumplimiento, estarán sujetos a subsanación por el vendedor [...]*”. Por su parte, el art. 106.3 CESL dispone: “*Si el comprador es un consumidor:/ (a) los derechos del comprador no estarán sujetos a subsanación por el vendedor*”.

Según ZOLL, la inexistencia del derecho de subsanación en los contratos B2C se justifica en la naturaleza transfronteriza de los contratos regulados por el CESL, pues el consumidor que ha celebrado un contrato con un vendedor que se encuentra en otro país y que ha ejecutado mal, tiene un interés justificado en no verse envuelto en una compleja relación transfronteriza, y que al menos en los casos de bienes estandarizados, la simple solución de la resolución del contrato [remedio que se regula en el art. 114 CESL] tiene sus méritos [cfr. ZOLL, F., “Art. 109 CESL” en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, p. 497 (*comment A*)].

¹⁰⁹⁸ Art. 155.2 CESL: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, los remedios del cliente están sujetos al derecho de subsanación del prestador del servicio, sea o no el cliente un consumidor*” [destacado añadido].

En opinión de ZOLL, la existencia del derecho de subsanación en los contratos de servicios relacionados, “is justified by the individual nature of the subject-matter of the contract and the grave consequences for the service provider in the case of termination, since the service provide usually cannot make use of the subject-matter of the contract in another context” [“Art. 109 CESL”, p. 497 (*comment A*)]. El autor

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

relacionado *están siempre sujetos al derecho de subsanación por parte del prestador del servicio*, sea o no aquél un *cliente-consumidor* ¹⁰⁹⁹. La única excepción a esta regla es el caso en el que el defecto consiste en la incorrecta instalación del bien vendido (art. 155.3 CESL) ¹¹⁰⁰.

Pues bien, pese a que en el CESL existe, en este aspecto, una clara diferencia entre el “comprador-consumidor” y el “cliente del servicio-consumidor”, es evidente que el reconocimiento al prestador del servicio de un *derecho de subsanación en todo caso*, tiene incidencia en relación con los *otros remedios* frente al incumplimiento (especialmente, en la resolución del contrato y en la reducción del precio) pero *no afecta al derecho del cliente a obtener el cumplimiento específico*, puesto que el ejercicio del derecho de subsanación por parte del vendedor/prestador del

plantea que esta lógica está también presente en los contratos de compraventa “where the goods are adjusted to the particular needs of the consumer”, y por ello plantea que “[i]n such cases a right to cure should be also provided. The scope of the right to cure should be reconsidered” (*ibíd.*).

¹⁰⁹⁹ Pero esto no quiere decir que el hecho de que el cliente del servicio sea un consumidor o un comerciante sea algo absolutamente indiferente. Si el cliente es un comerciante, el prestador del servicio tiene un *plazo razonable para subsanar*, el cual no está determinado. Si el cliente es un consumidor, el CESL establece que este plazo razonable no puede exceder de 30 días [Art. 155.5(a): “*en relación con el derecho de subsanación del prestador de servicios, en los contratos entre un comerciante y un consumidor, el periodo razonable en virtud del artículo 109, apartado 5, no deberá exceder de treinta días*”].

¹¹⁰⁰ Art. 155.3 CESL: “*En caso de instalación incorrecta en el marco de un contrato de compraventa de bienes de consumo contemplada en el artículo 101, los remedios del consumidor no estarán sujetos al derecho de subsanación del prestador de servicios*”. ZOLL/WATSON critican esta excepción, planteando que una instalación incorrecta es algo que puede ser fácilmente remediado, y que, por ello, permitir la resolución del contrato sin dar la oportunidad al vendedor/prestador del servicio relacionado de subsanar “debería ser considerado como excesivo” [cfr. “Art. 155 CESL”, p. 630 (*comment B*)]. Sobre la instalación incorrecta del bien vendido, en el CESL, valga lo dicho *supra* 515.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

servicio, permite al acreedor obtener, precisamente, aquello a que tenía derecho en virtud del contrato ¹¹⁰¹.

ii. Otra importante *adaptación* de los remedios del comprador, es que, tratándose de servicios relacionados, *no se aplican los artículos 111 y 112 CESL* [art. 155.5(b) CESL]. Estos dos artículos regulan *el contenido del derecho del comprador a la subsanación de la prestación*, derecho que se considera parte integrante del derecho al cumplimiento específico [art. 106.1(a) CESL] ¹¹⁰². Este derecho del comprador a la subsanación consiste en la *reparación* o la *sustitución*, y los mentados arts. 111 y 112 CESL regulan su ejercicio. La inaplicabilidad de estos dos artículos a los contratos de servicios relacionados me parece simplemente consecuencia del *distinto objeto de la prestación* (un bien se puede reparar o sustituir por otro; un hecho no).

Por tanto, la regulación del remedio del cumplimiento específico en el CESL puede ser tratada, tal y como ocurre con los demás modelos de modernización del Derecho de contratos, por la vía de su comparación con la regulación del DCFR. Y así se hace en este capítulo.

¹¹⁰¹ En este sentido, como plantea ZOLL, el derecho de subsanación da al vendedor (y por tanto, habría que agregar, también al prestador del servicio relacionado) *una segunda oportunidad para ejecutar correctamente la prestación*, y de esta forma “evitar los efectos más negativos de los remedios por incumplimiento, en particular, la resolución del contrato y la reducción del precio” [“Art. 109 CESL”, p. 496 (*comment A*)].

¹¹⁰² Sobre el contenido del derecho al cumplimiento específico en el DCFR, y en los demás modelos de modernización, en relación con el derecho *del acreedor* a la subsanación, *infra* [335].

2. EL INCUMPLIMIENTO QUE DA ACCESO AL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

[324] Antes de analizar la forma en la que se regula el remedio del *cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias* en el DCFR (art. III.-3:302), conviene poner de relieve una idea que me parece muy importante: el cumplimiento específico se considera como un remedio frente al incumplimiento, *pero no todo incumplimiento da acceso al remedio del cumplimiento específico*. Paso a dar cuenta de esta afirmación.

[325] En el DCFR, la noción *incumplimiento (non-performance)* se encuentra definida en su art. III.-1:102(3) (*Definitions*), en los siguientes términos: “[n]on-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance and any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation” ¹¹⁰³. Se desprende de ello, que la noción de *non-performance* del DCFR es una noción de incumplimiento que puede caracterizarse como una noción *amplia y neutra*. Es *amplia*, porque considera como incumplimiento *a toda falta de ejecución* de la obligación, incluyendo la ejecución tardía y cualquier otra ejecución que no sea conforme con los términos de la obligación. Es una noción

¹¹⁰³ Por su parte, en el apartado de definiciones del DCFR, se reitera la misma idea, por cuanto se dice que el incumplimiento *-non-performance-* “in relation to an obligation, means any failure to perform the obligation, wheter or not excused. It includes delayed performance and defective performance”, destacando, claramente, que *no es relevante si es o no excusable* [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 75].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

neutra, porque para que exista incumplimiento *no interesa si dicha falta de ejecución es o no excusable*.

- i. Esta noción de incumplimiento del DCFR es *similar* a la que ya contenía el art. 1:301(4) PECL (*Meaning of Terms*) ¹¹⁰⁴.
- ii. El art. 7.1.1 Principios Unidroit (*Definición del incumplimiento*), en cambio, no hace referencia alguna a la causa del incumplimiento (el artículo no dice nada en relación a si es o no excusable) ¹¹⁰⁵. Sin embargo, de los comentarios de este artículo se desprende con claridad que en el sistema de los Principios Unidroit, el incumplimiento es también de una noción amplia y neutra, en el sentido expresado ¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ Art. 1:301 PECL: “*In these Principles, except where the context otherwise requires:/ [...] (4) «Non-performance» denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract*”. En el *comment D* de este artículo, se insiste en la idea de que la noción de incumplimiento abarca *cualquier falta en la ejecución, con independencia de su causa* [cfr. LANDO/BEALE (eds.) PECL, p. 124].

¹¹⁰⁵ Art. 7.1.1 Principios Unidroit: “*El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío*”.

¹¹⁰⁶ En el comentario del art. 7.1.1 Principios Unidroit se indica que “[s]e debe prestar atención a dos características de la definición [...] [l]a segunda característica es que, para los propósitos de los Principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 261]].

¹¹⁰⁷ La referencia a “*cualquier falta de ejecución*” es ejemplificada en el mismo artículo 87.1 CESL, que agrega, a continuación, que constituye incumplimiento “[...] *en particular:/ (a) la no entrega de los bienes o los retrasos en su entrega;/ (b) el no suministro de los contenidos digitales o los retrasos en su suministro;/ (c) la entrega de bienes que no sean conformes con el contrato;/ (d) el suministro de contenidos digitales que no sean conformes con el contrato;/ (e) el impago o la demora en el pago del precio; y/ (f) cualquier otro presunto cumplimiento que no sea conforme al contrato*”.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

iii. El art. 87.1 CESL (*Incumplimiento e incumplimiento esencial*) señala: “*Constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada [...]*” ¹¹⁰⁷. Se adopta también, en consecuencia, una noción amplia y neutra de incumplimiento ¹¹⁰⁸.

iv. En la definición de incumplimiento del art. 1188.I PMCC no existe mención alguna al carácter excusable o no excusable del incumplimiento ¹¹⁰⁹. La doctrina entiende, pese a ello, que en la PMCC se adopta un concepto amplio y neutro, en el sentido ya expresado ¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁸ En relación con esta noción neutra de incumplimiento del CESL, considérese la opinión crítica de VAQUER ALOY (*supra* nota 642) sobre la inconsistencia que supone adoptar una noción neutra de incumplimiento (en la que no interesa la diligencia del deudor), y a la vez reconocer la existencia de obligaciones de medios (que exigen precisamente considerar la diligencia del deudor para establecer si hay o no incumplimiento).

¹¹⁰⁹ Art. 1188.I PMCC: “*Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten*”. El acento está puesto en el carácter *amplio* de la noción de incumplimiento [y así lo destacan, por ejemplo, JEREZ DELGADO/PÉREZ GARCÍA (2009) p. 175; y ROCA TRÍAS, E., “El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos”, *BMJ*, año 65, n. 2132 (2011) p. 8].

¹¹¹⁰ En efecto, pese a que la PMCC no recoge referencia alguna al carácter *excusable o no excusable* del incumplimiento a la hora de definirlo, la doctrina española entiende que la noción de incumplimiento de la PMCC es una noción *neutra* desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor. En palabras de GÓMEZ CALLE “hay incumplimiento cuando no se realiza la prestación conforme al contrato; no importa cual sea la causa de ello; puede serlo la imposibilidad inicial de la prestación [...] o una imposibilidad sobrevenida; el incumplimiento tampoco presupone la culpa del deudor o su carácter inexcusable (*en este sentido, podemos decir que estamos ante un concepto neutro u objetivo de incumplimiento*)” [(2012) p. 37, cursivas añadidas]. FENOY PICÓN, por su parte, explica que los rasgos que caracterizan al incumplimiento en la PMCC son tres: *primero*, que se adopta una noción amplia y unitaria de incumplimiento; *segundo*, que el incumplimiento implica la insatisfacción del interés del acreedor incorporado al contrato; y *tercero*, que es un concepto *neutro* desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor [(2010) p. 70; desarrolla estas características luego, en p. 72 y ss.]. La opinión de que el incumplimiento en la PMCC es una noción

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

[326] Ahora bien, pese a que la noción de incumplimiento del DCFR es, en los términos expresados, una noción amplia y neutra, resulta importante tener presente que, *el solo hecho de que exista una situación calificable como incumplimiento –non-performance–*, en los términos del antes citado art. III.–1:102(3) DCFR, *no significa que el acreedor disponga automáticamente de todos los remedios* que el DCFR reconoce y pone a disposición del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación¹¹¹¹. En este punto, es indispensable considerar lo que dispone el art. III.–3:101 DCFR (*Remedies available*):

“(1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter.

neutra, es compartida, fuera de la doctrina española, por VIDAL OLIVARES, Á., “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos español”, *RChDP*, n. 16, 2011, p. 263.

Es claro que esta noción amplia y neutra de incumplimiento que recoge la PMCC se encuentra en sintonía con la conceptualización que, del incumplimiento contractual, venía propugnando, ya hace algunos años, un sector de la doctrina española [cfr. ejemplo, PANTALEÓN PRIETO (1993) pp. 1720-1721; y MORALES MORENO, *La modernización*, pp. 29-30 y 56-57]. En este sentido, L. Díez-PICAZO señala que la PMCC “opta por lo que se ha llamado una concepción articulada del incumplimiento, en expresión acuñada por el profesor Antonio Manuel Morales, que procede de la convención de Viena [...] [e]sta concepción articulada del incumplimiento era en nuestra opinión importante en el Derecho español, donde este punto se encontraba y se encuentra todavía sumido en una especie de magma, pues existen corrientes doctrinales especialmente importantes de acuerdo con las cuales el incumplimiento (al que a veces se llama incumplimiento definitivo) solo se produce con la imposibilidad sobrevenida de la prestación” [(2011) pp. 6-7].

¹¹¹¹ Como es sabido, estos remedios son: el derecho al cumplimiento de la obligación [*right to enforce performance* (arts. III.–301 a III.–303 DCFR)]; la suspensión de la propia obligación [*withholding performance* (art. III.–304 DCFR)]; la resolución por incumplimiento [*termination* (arts. III.3:501 a III.–3:514 DCFR)]; la reducción del precio [*price reduction* (art. III.3:601 DCFR)] y la indemnización de daños [*damages and interest* (arts. III.–3:701 a III.–3:713 DCFR)].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

(2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages.

(3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance".

[327] De lo dispuesto en el transcrito art. III.-3:101 DCFR, lo primero que conviene destacar es que, en la medida que el propio acreedor sea *la causa* del incumplimiento del deudor, el acreedor *no dispone de ningún remedio* [art. III.- 3:101(3) DCFR].

i. El art. III.- 3:101 (3) DCFR es *reflejo* del art. 8:101(3) PECL (*Remedies available*). También son *reflejo* de los PECL, los comentarios oficiales del DCFR que lo acompañan, y sus ilustraciones ¹¹¹².

ii. Los Principios Unidroit no contemplan una regla semejante, que indique expresamente que el acreedor se ve privado de todos los remedios frente al incumplimiento en caso de que él haya sido la causa del incumplimiento del deudor. La fórmula escogida es más amplia: *"Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo"* (Art. 7.1.2

¹¹¹² En efecto, en el *comment A* del art. III.3:101 DCFR se expresa que sería contrario a la buena fe que el acreedor tuviera derecho a ejercitar alguno de los remedios por incumplimiento si él es el responsable del incumplimiento [*cfr.* VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 773]; explicación que es idéntica a la que se contiene en el respectivo comentario de los PECL [*cfr.* *comment A* del art. 8:101 PECL; LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, pp. 360-361].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

Principios Unidroit). En este sentido, y *aun cuando el efecto de esta circunstancia* –el incumplimiento causado por el hecho u omisión del acreedor– *es el mismo* que en el modelo PECL/DCFR (el acreedor se ve privado de los remedios), en el comentario 1 de este artículo 7.1.2 Principios Unidroit se expresa que la fórmula empleada “conceptualmente va más lejos”, y que técnicamente, esta situación *ya no se considera un incumplimiento excusable*, pues “la conducta pertinente [...] pierde la condición de incumplimiento” ¹¹¹³.

iii. En el CESL también se recoge la regla del art. III.-3:101(3) DCFR y del art. 8:101(3) PECL. Según el art. 106.5 CESL, el comprador (y, por la remisión que hace el art. 155 CESL, también el cliente del servicio relacionado) no puede recurrir a ninguno de los remedios contemplados en el art. 106.1 CESL, cuando el incumplimiento del vendedor (o, en su caso, del prestador del servicio) ha sido causado por el propio acreedor (el comprador, o el cliente del servicio relacionado) ¹¹¹⁴.

¹¹¹³ GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, pp. 262-263. Esta regla es parecida a la que se contiene en el art. 80 CISG [*“Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella”*]. Pese a ello, no se indica que la CISG sea la fuente de esta regla. Sobre el punto, cabe tener presente que, como se indica en el prólogo de la edición de 1994 de los Principios Unidroit, “[e]l carácter internacional de los Principios está igualmente subrayado por el hecho que los comentarios que acompañan cada disposición se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los derechos nacionales para explicar el origen y motivo de la solución acogida. Solamente cuando la regla ha sido tomada más o menos literalmente de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Venta Internacional de Mercaderías (CISG), universalmente aceptada, viene mencionada la fuente” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, pp. xxxviii-xxxix].

¹¹¹⁴ Art. 106 CESL (*Enumeración de los remedios del comprador*): “1. Si el vendedor no cumple una obligación, el comprador podrá ejercer alguno de los siguientes remedios: / (a) exigir el cumplimiento, incluidas la prestación específica, la reparación o la sustitución de los bienes o los contenidos digitales, conforme a la sección 3 del presente

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

iv. La PMCC no recoge expresamente una regla que diga que los remedios del acreedor por el incumplimiento quedan excluidos en caso de que el incumplimiento haya sido causado por el propio acreedor; pero el art. 1188.II PMCC señala: *“Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque”*¹¹¹⁵.

Así, pues, y aun cuando es posible decir que en el sistema del DCFR el incumplimiento es una noción neutra, *un primer análisis sobre la causa del incumplimiento es indispensable*, para saber si el acreedor tiene derecho, o no, al remedio del cumplimiento específico¹¹¹⁶. Y es evidente que este primer análisis sobre la causa del incumplimiento es *particularmente relevante tratándose de contratos de servicio*, puesto que en estos contratos, como ya se ha dicho, pesa sobre el acreedor una

capítulo;/ (b) dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones conforme a la sección 4 del presente capítulo;/ (c) resolver el contrato conforme a la sección 5 del presente capítulo y exigir la devolución de cualquier precio ya pagado conforme al capítulo 17;/ (d) reducir el precio conforme a la sección 6 del presente capítulo; y/ (e) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme al capítulo 16./ [...] 5. El comprador no podrá recurrir a ninguno de los remedios contemplados en el apartado 1 en el caso de que haya provocado el incumplimiento del vendedor”.

¹¹¹⁵ En palabras de FENOY PICÓN, la regla del art. 1188.II “es una novedad en nuestro Derecho de contratos”; cuya incorporación en la PMCC la autora considera “adecuada” [(2010) p. 97-98]. ROCA TRÍAS entiende que el supuesto en que es el propio acreedor quien puede haber ocasionado el incumplimiento, “aparece en el art. 80 CISG [pero] no aparece directamente mencionado en la Propuesta [sin embargo] puede considerarse incluido en el segundo párrafo del art. 1188 [PMCC]” [(2011) p. 10].

¹¹¹⁶ Conviene destacar que, el hecho de que el acreedor sea considerado como *la causa* del incumplimiento del deudor *no supone* un juicio de valor en relación con su conducta, pues basta que el incumplimiento le sea objetivamente imputable [*cfr. comment A* del art. III.3:101 DCFR, VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 774].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

obligación de *cooperación* que es especialmente intensa (*supra* [182] y nota 619)¹¹¹⁷.

[328] Ahora bien, hay que tener presente que el hecho de que la conducta del acreedor *no sea la causa del incumplimiento de la obligación* por parte del deudor, no quiere decir que el acreedor disponga automáticamente de todos los remedios que le reconoce el DCFR. En efecto, al acreedor se le reconoce el remedio del cumplimiento específico (*specific performance*) y el remedio de la indemnización de daños (*damages*) *sólo en el caso de que el incumplimiento no sea excusable* –“*non-excused*”– [art. III.–3:101 (1) y (2) DCFR]¹¹¹⁸. Dicho en otros términos, *si el incumplimiento es excusable, no procede el remedio del cumplimiento específico*. Los supuestos en los que el incumplimiento

¹¹¹⁷ En este mismo sentido, FENOY PICÓN: “esta regla [...] tiene un importante campo de actuación en aquellos contratos en los que para el deudor cumplir es preciso, de algún modo, la colaboración o participación del acreedor (por ejemplo, contratos de obra, contratos de prestación de servicios)” [(2010) p. 93].

El supuesto con el que se ilustra este caso, en los comentarios del DCFR, es precisamente el de un contrato de servicio. El ejemplo es el siguiente. A celebra un contrato con B, en virtud del cual A debe diseñar unos colegios que B construirá. A esta esperando que B le indique la ubicación específica en la que se contruirán los colegios. B no entrega dicha información en el período previsto, lo que impide a A diseñar los colegios. El incumplimiento de A no otorga a B ningún remedio [*cfr. comment A* del art. III.3:101 DCFR; VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 773.]. La ilustración está tomada de los PECL (*cfr. LANDO/BEALE, PECL*, pp. 360-361).

¹¹¹⁸ Dentro de la regulación del remedio indemnizatorio, el art. III.–3:704 DCFR (*Loss attributable to creditor*) vuelve a reiterar la exoneración del deudor en caso de incumplimiento excusable (“*The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor contributed to the non-performance or its effects*”).

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

se estima justificado o excusable, así como sus efectos, se encuentran regulados en el art. III.-3:104 DCFR (*Excuse due to an impediment*)¹¹¹⁹.

i. La exclusión que se hace en el art. III.-3:101(2) DCFR, del remedio del cumplimiento específico y del remedio de indemnización de daños, *es reflejo* de lo que dispone el art. 8:101(2) PECL ¹¹²⁰. El párrafo (1) del mismo art. 8:101 PECL consagra la regla general: si el incumplimiento no es excusable, proceden todos los remedios ¹¹²¹.

ii. Los Principios Unidroit no contemplan una regla expresa que señale que los remedios del cumplimiento específico y de la indemnización de daños quedan excluidos en caso de que el incumplimiento sea excusable; sin embargo, esto mismo se dice en el comentario del art. 7.1.3 Principios Unidroit (*Definición del*

¹¹¹⁹ De acuerdo con este artículo, el incumplimiento está justificado o excusado, si es consecuencia de un impedimento que está fuera del control del deudor, y siempre que no pudiera razonablemente esperarse que el deudor tuviera que evitar o superar el impedimento o sus consecuencias [art. III.-3:104 DCFR: “(1) *A debtor’s non-performance of an obligation is excused if it is due to an impediment beyond the debtor’s control and if the debtor could not reasonably be expected to have avoided or overcome the impediment or its consequences.* / (2) *Where the obligation arose out of a contract or other juridical act, nonperformance is not excused if the debtor could reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time when the obligation was incurred.*”]. Además, se dice en este artículo que, si el impedimento es temporal, el incumplimiento sólo está justificado *mientras dura el impedimento*; pero si la demora supone un incumplimiento esencial, entonces el acreedor puede tratar dicho incumplimiento como tal (y puede, por tanto, resolver el contrato). Si el impedimento es definitivo, en cambio, la obligación se extingue y también se extingue cualquier obligación correlativa [cfr. art. III.-3:104 (3) y (4) DCFR].

¹¹²⁰ Art. 8:101(2) PECL: “*Where a party’s non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages.*”.

¹¹²¹ Art. 8:101(1) PECL: “*Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9.*”.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

incumplimiento)¹¹²² y en el comentario 1 del art. 7.3.1 Principios Unidroit (*Derecho a resolver el contrato*)¹¹²³.

iii. El CESL sigue en este punto a los PECL y al DCFR, pues dispone: “Si el vendedor ha sido exonerado del incumplimiento de una obligación, el comprador [y por tanto, también el cliente del servicio relacionado] podrá recurrir a cualquiera de los remedios contemplados en el apartado 1 excepto exigir el cumplimiento y reclamar una indemnización por daños y perjuicios” (art. 106.4 CESL)¹¹²⁴. Los supuestos en los que el deudor está exonerado están contemplados en el art. 88 CESL (*Exoneración del incumplimiento*) artículo cuyo contenido es similar al del art. III.-3:104 DCFR¹¹²⁵.

¹¹²² Se dice: “[u]na parte no está facultada para reclamar el resarcimiento o el cumplimiento específico por un incumplimiento excusable de la otra parte, pero la otra parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho en principio, a resolver el contrato independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 262].

¹¹²³ Se dice: “[l]as reglas establecidas en esta Sección son aplicables tanto a los casos en los que la parte que incumple es responsable, como aquellos en que el incumplimiento es excusable y, en estos casos, la parte perjudicada no puede reclamar ni el cumplimiento específico ni una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 296].

¹¹²⁴ ZOLL plantea que, esta exclusión del derecho al cumplimiento, que opera cuando el incumplimiento está justificado, muestra con claridad que el CESL, al igual que el DCFR, considera el cumplimiento específico como un remedio, y no sólo como el contenido primario de la obligación [ZOLL, F., “Art. 106 CESL” en SCHULZE (edit.), *CESL commentary*, p. 491 (comment B); y también, en la misma obra, ZOLL “Art. 110 CESL”, p. 504 (comment A)].

¹¹²⁵ Art. 88 CESL: “1. Una parte quedará exonerada del incumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debiera a un impedimento que escapa a su control y si cupiera suponer que, en el momento de la celebración del contrato, no podía tener en cuenta el impedimento o no podía evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias./ 2. Cuando el impedimento sea solo temporal, la exoneración tendrá efecto durante el tiempo en el que este persista. Sin embargo, si la demora se tradujera en un incumplimiento esencial, la otra parte podrá tratarlo como tal./ 3. La parte que sea incapaz de cumplir tendrá el deber de asegurarse de que, sin demora indebida desde

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

iv. El art. 1209.I PMCC contempla la exoneración del deudor del deber de indemnizar los daños y perjuicios, en caso de que el incumplimiento sea excusable ¹¹²⁶. Sin embargo, no hay en la PMCC referencia alguna al carácter excusable o no del incumplimiento *en relación con el derecho del acreedor a solicitar el cumplimiento de la obligación* ¹¹²⁷. Dicha omisión puede interpretarse en el sentido de que la acción de cumplimiento *no queda excluida en caso de un incumplimiento excusable que exonere al deudor de la indemnización* ¹¹²⁸.

que tuvo conocimiento, o pueda esperarse que tuviera conocimiento, de dichas circunstancias, la otra parte reciba la notificación relativa al impedimento y su efecto sobre su capacidad de cumplimiento. La otra parte tendrá derecho a una indemnización por cualquier pérdida que pudiera resultar del incumplimiento de este deber.”

¹¹²⁶ Art. 1209 PMCC: “No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes:/ 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control./ 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias [...]”.

Plantea L. Díez-PICAZO, que “es especialmente importante el art. 1209 porque sobre él pendula la concepción del resarcimiento que la Propuesta tiene. No es una consecuencia que deba fundarse directamente en la culpa, que es lo que se ha llamado siempre responsabilidad subjetiva, pero tampoco es una responsabilidad totalmente objetivada. Es una responsabilidad que funciona como regla, salvo que existan causas concretas que hagan posible la exoneración del deudor, que es lo que regula el art. 1209” [(2011), p. 8].

¹¹²⁷ Como plantea FENOY PICÓN, la PMCC “no acoge de modo expreso la regla de los PECL, de que, siendo el incumplimiento excusable, el acreedor no dispone del cumplimiento” [(2010) p. 91].

¹¹²⁸ Sobre el punto, FENOY PICÓN, señala que “en la Exposición de Motivos [de la PMCC] está claro que al cumplimiento no se le aplica el art. 1209.I [...] [s]e trata de una opción de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación” [(2010) pp. 81-82]. Por su parte, GÓMEZ CALLE expresa que “[e]l hecho de que el deudor no tenga que reparar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, por mediar justa causa de exoneración al efecto, no impide al acreedor ejercitar *cualquier otro de los remedios previstos para el caso de incumplimiento* (así lo expresa el último párrafo del art. 1209)” [(2012) p. 56; cursivas añadidas].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

Lo dicho implica, que *un segundo análisis sobre la causa del incumplimiento es indispensable* para saber si, en el caso concreto, el acreedor verá o no protegido su interés en el cumplimiento del contrato a través del remedio del cumplimiento específico¹¹²⁹.

[329] *En síntesis*, en el sistema del DCFR, el acreedor *sólo dispone teóricamente* del remedio del cumplimiento específico cuando concurren las siguientes circunstancias: *i)* que el incumplimiento del deudor no haya sido causado por el propio acreedor; *ii)* que el

La PMCC recoge, por tanto, la idea de que, en el moderno Derecho de la responsabilidad contractual “la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria se conciben como dos remedios diferenciados, cuyo supuesto de aplicación, fuera de la exigencia de incumplimiento, *no tiene necesariamente que coincidir*” (MORALES MORENO, *La modernización*, pp. 65-66; cursivas añadidas).

¹¹²⁹ Como plantean LILLEHOLT/MIKELSEN, si se mira este aspecto *desde la perspectiva del deudor*, puede decirse que el hecho de que el incumplimiento esté justificado (*excused performance*) *juega como un límite al deber del deudor de cumplir* con el contrato. Estos autores señalan, además, que hay otros casos en los que el deber de cumplir con la prestación encuentra un límite. Por ejemplo, dicen, es posible afirmar que la *validez del contrato* juega como límite al deber de cumplir con la prestación, y, además, que el deudor puede estar excusado de cumplir con su prestación cuando existe un *cambio de circunstancias*. Además de esos tres límites (el incumplimiento justificado o excusable, la invalidez del contrato, y el cambio de circunstancias), LILLEHOLT/MIKELSEN plantean que es teóricamente posible pensar en una cuarta posibilidad de defensa, frente a la demanda del acreedor de que el deudor cumpla: que el deudor afirme que únicamente está obligado a realizar sus mejores esfuerzos (por tanto, que su obligación es una obligación de medios) y que no está obligado a alcanzar un resultado determinado, y que, por tanto, no puede exigírsele que cumpla con la prestación, por ejemplo, frente a ciertas dificultades inesperadas, en la medida que superar dichas dificultades exceda a la diligencia debida. Sin embargo, los autores proponen que recurrir a la clasificación de obligaciones de medios y de resultado, para dar salida a las situaciones en las que el cumplimiento se hace más difícil, es de poca ayuda, debido a las dificultades que existen para admitir esta clasificación de las obligaciones [cfr. LILLEHOLT, K./MIKELSEN, A. B., “The DCFR rules on Unexpected difficulties in Performance”, *ERPL*, 4-2009, pp. 573-580]. Sobre las dificultades que existen para admitir la clasificación de obligaciones de medios y de resultado, me remito a lo dicho *supra* [95] y ss. Sobre los límites del deber de cumplir en los PECL, véase, por ejemplo, BACKHAUS, R., “The limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law”, *EJCL*, v. 8, 2004(1).

incumplimiento del deudor no sea excusable. Sólo cuando concurren esas dos circunstancias, es que tiene sentido preguntarse por el reconocimiento y por los límites particulares del remedio del cumplimiento específico tratándose de obligaciones no dinerarias.

III. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LA OBLIGACIÓN NO DINERARIA

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

[330] El apartado (1) del art. III.-3:302 DCFR (*Enforcement of non-monetary obligations*) dispone: “*The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money*”. O sea, el DCFR reconoce, como regla o principio, el derecho del acreedor al cumplimiento específico de la obligación *no dineraria* incumplida.

i. Este reconocimiento del DCFR, de un derecho del *acreedor* al cumplimiento específico de la obligación no dineraria, es similar al que se hace en los PECL [art. 9:102 (1)]¹¹³⁰ y en los Principios Unidroit (art. 7.7.2 primera parte)¹¹³¹ a la *parte* no incumplidora¹¹³².

¹¹³⁰ Art. 9:102 (1) PECL (*Non-monetary Obligations*): “(1) *The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money [...]*”.

¹¹³¹ Art. 7.2.2 Principios Unidroit (*Cumplimiento de obligaciones no dinerarias*): “*Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación [...]*”.

¹¹³² En los PECL y en los Principios Unidroit se reconoce este derecho a la “parte” (*party*) y no al “acreedor” (*creditor*). El cambio de nomenclatura en el DCFR (*creditor*)

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

ii. El CESL reconoce el *derecho del cliente del servicio relacionado* al cumplimiento específico [art. 155.1(a) CESL ¹¹³³]; remedio que regula, como ya se ha dicho, por remisión a las reglas sobre los remedios del comprador (arts. 106 y ss. CESL). En particular, el derecho del *comprador* a exigir el cumplimiento específico se encuentra reconocido en el art. 110 CESL (*Reclamación del cumplimiento de las obligaciones del vendedor*).

iii. La PMCC también reconoce el derecho del acreedor de una obligación *no dineraria* a obtener el cumplimiento específico (art. 1192.II) ¹¹³⁴, recogiendo una regla que, se entiende, está presente en el Código civil ¹¹³⁵.

2. ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO A ESTE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN EL DCFR

es lógico, puesto que el ámbito de aplicación de aquellos dos textos es más restringido (son textos de Derecho contractual) que el ámbito de aplicación del DCFR.

¹¹³³ Art. 155.1(a) CESL: “1. *En caso de incumplimiento de una obligación por el prestador del servicio, el cliente tendrá a su disposición, con las adaptaciones establecidas en el presente artículo, los mismos remedios que los previstos para el comprador en el capítulo 11, a saber: (a) exigir el cumplimiento específico*”.

¹¹³⁴ Art. 1192.II PMCC: “*En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida [...]*”.

¹¹³⁵ Así lo entiende FENOY PICÓN: “[e]l Código civil dispone como regla que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (arts. 1096.I y II, 1098.I y II primera frase CC). La *Propuesta civil* no rompe con ello, pues dispone que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación distinta de la de pagar dinero” [(2011) pp. 1501-1502; cursivas del original]. Sobre la idea de que el art. 1098 del CC suponga un reconocimiento a obtener el cumplimiento específico, me remito a lo dicho en el capítulo anterior (especialmente *supra* [297]).

a) El DCFR adopta una solución de compromiso entre la aproximación del *Common Law* y la del Derecho continental al remedio del cumplimiento específico

[331] La regulación adoptada en el DCFR se presenta como una suerte de solución de compromiso entre la aproximación tradicional del Derecho continental –por cuanto, como se ha dicho, se admite el derecho al cumplimiento específico como regla o principio– y la aproximación tradicional del *Common Law*, por cuanto, tras el reconocimiento del derecho, en el DCFR *se establecen una serie de excepciones* (que serán analizadas *infra* [339] y ss.)¹¹³⁶. Así lo explican los propios redactores del DCFR¹¹³⁷.

i. Esta suerte de solución de compromiso entre la aproximación de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales al cumplimiento específico *no es, desde luego, una solución novedosa del DCFR*. Como se ha dicho, la forma en que se regula el derecho al cumplimiento específico de las *obligaciones no dinerarias* en el art. III.–3:302 DCFR recoge, si bien con algunas diferencias que luego se verán, la regulación del art. 9:102 PECL. Y la idea de que el reconocer al

¹¹³⁶ Sobre la comprensión generalizada que existe en relación con la diferente aproximación de estos dos sistemas jurídicos al derecho del acreedor al cumplimiento específico, valga lo dicho *supra* [191].

¹¹³⁷ En el *comment* B del art. III.–3:302 DCFR, se dice: “[w]heter a creditor should be entitled to enforce specific performance of a non-monetary obligation is controversial. In Engand and Ireland specific performance is regarded as an exceptional remedy but in other European countries, including Scotland, it is regarded as an ordinary remedy. There are reason to believe, however, that results in practice are rather similar under both theories. *The article takes a pragmatic approach. A right to enforce specific performance is admitted in general* (paragraphs (1) and (2)) *but excluded in several special situations* (paragraphs (3) and (4) [...]” [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, v. 1, p. 829; cursivas añadidas].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

acreditor un derecho al cumplimiento específico en las obligaciones no dinerarias es un *punto controvertido*, y que marca una diferencia entre los dos grandes sistemas jurídicos occidentales, es una idea que también se expresa en los comentarios oficiales del art. 9:102 PECL ¹¹³⁸.

ii. Los Principios Unidroit, como se ha dicho, regulan el remedio del cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias de forma muy similar a los PECL ¹¹³⁹. En el comentario 1 del art. 7.2.2 Principios Unidroit también se expresa la idea de que se persigue una solución de compromiso entre el *Common Law* y el Derecho continental ¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ *Cfr. comment B* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 395] cuyo texto es prácticamente idéntico al *comment B* del art. III.-3:302 DCFR (transcrito *supra* nota 1137).

¹¹³⁹ Sobre la similitudes entre los PECL y los Principios Unidroit en esta materia, valga lo dicho *supra* nota 1086. Para una presentación general del remedio del cumplimiento específico de las obligaciones no monetarias en los Principios Unidroit, véase, por ejemplo, SCHWENZER, I., "Specific performance and damages according to the 1994 Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *EJLR*, n. 1, 1999, especialmente, p. 296 y ss.

¹¹⁴⁰ "De acuerdo con el principio del carácter obligatorio del contrato [...] cada parte debería, en principio, estar autorizada a reclamar las prestaciones de la otra parte; no sólo las dinerarias, sino también las no dinerarias. Mientras que esto no es controvertido en los países de tradición romanista, en los ordenamientos jurídicos que pertenecen a la órbita del *common law* sólo se permite cumplimiento específico [*sic*] de una obligación no dineraria en circunstancias especiales./ Al igual que el Artículo 46 de CISG, esta disposición adopta el principio del cumplimiento específico, sujeto a algunas excepciones" [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, pp. 282-283].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

iii. Se ha dicho que también el CESL adopta, en relación con la regulación del remedio del cumplimiento específico, una solución de compromiso entre el *Common Law* y el Derecho continental ¹¹⁴¹.

iv. Aun cuando la regulación de la CISG no es de interés para este estudio, conviene recordar que en esta Convención también se adopta una solución de compromiso entre la aproximación del Derecho continental y la del *Common Law*, en relación con el derecho *del comprador* a obtener el cumplimiento específico de la obligación del vendedor (obligación que, en el esquema del DCFR, corresponde a una obligación *no dineraria*). El art. 46(1) CISG consagra el derecho del comprador a obtener el cumplimiento específico ¹¹⁴². Pero, a diferencia de la solución adoptada por el DCFR, la CISG *no adopta una solución de compromiso por la vía de incluir criterios sustantivos* para determinar la procedencia o improcedencia del remedio del cumplimiento específico (es decir, no lo hace por la vía de incluir límites o excepciones al cumplimiento específico) ¹¹⁴³. En efecto, el art. 28 CISG se remite *al Derecho del foro* del tribunal que

¹¹⁴¹ En este sentido, ZOLL expresa: “the CESL (P) attempts to use a compromise solution reflecting different legal traditions, which contradict at this point” [“Art. 110 CESL”, p. 504 (*comment A*)].

¹¹⁴² Art. 46(1) CISG: “*El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia*”. Se entiende que el “[a]rticle 46 gives the buyer the right to demand performance of the unperformed elements of a contract, which is a concept that draws from the civil law system but is considered an extraordinary remedy in the common law system” [DiMATTEO, L./DHOOGHE, L./GREENE, S./MAURER, V./PAGNATTARO, M. A., *International Sales Law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005, p. 133].

¹¹⁴³ *Cfr.* BJÖRKLUND, A., “Article 28” en KROLL, S./MISTELIS, L./PERALES VISCASILLAS, P. (eds.) *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford (UK) y Portland (USA), 2011, p. 370.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

conoce el asunto ¹¹⁴⁴, de modo que la disponibilidad del remedio del cumplimiento específico *depende de que en el Derecho sustantivo de la jurisdicción del tribunal que conoce el juicio, lo admita para casos similares* ¹¹⁴⁵. Además, lo dispuesto en el art. 28 CISG debe leerse en conexión con otras disposiciones de la CISG, de donde se obtiene que existen otros límites al cumplimiento específico ¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ Art. 28 CISG: “*Si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención*”.

¹¹⁴⁵ Pero conviene destacar, el Tribunal, al aplicar la CISG, *no está obligado a adoptar necesariamente la solución de su Derecho nacional* [cfr. BJÖRKLUND (2011) pp. 377-378; y MAGNUS, U., “Article 28” en FERRARI, F./FLECHTNER, H./BRAND, R. (eds.) *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Sellier, 2004, p. 610].

En todo caso, el art. 28 CISG no parece haber dado lugar a mucha jurisprudencia: aparentemente hay sólo un caso, que fue resuelto por un tribunal de EE.UU. (CLOUT case No. 417, United States, 1999). Y en este caso, se resolvió que el art. 28 CISG obligaba a mirar la disponibilidad de tal remedio en el UCC [cfr. MAGNUS (2004) p. 610]. Por su parte, LANDO/ROSE afirman haber encontrado unos doscientos casos en los que se presenta la cuestión relativa al cumplimiento específico vs la indemnización de daños, en aplicación de la CISG, pero de todos ellos, sólo un caso se refería a la negativa de entregar los bienes por parte del vendedor (algunos otros casos consideraban como cumplimiento específico el derecho a exigir la reparación de la cosa). Y en dicho caso, la pretensión de cumplimiento específico del comprador fue rechazada [el caso referido es Zurich Chamber of Commerce Arbitration Award ZHK 273/95 (31/05/1996)]. Ello permite a estos autores sugerir que, al menos en la compraventa internacional de mercaderías, la parte cumplidora prefiere demandar los daños que instar el cumplimiento forzoso; el acreedor/comprador generalmente realiza una operación de cobertura y luego demanda el beneficio del contrato original [(2004) pp. 479-480].

¹¹⁴⁶ En este sentido, se ha entendido que el art. 79 CISG (*Exoneración*) operaría como un límite al cumplimiento, pese a que dicho artículo sólo parece excluir el remedio de daños. El art. 79(1) CISG dispone que “*Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo*

b) La terminología empleada en el DCFR

[332] Siguiendo la terminología empleada en los PECL, el DCFR utiliza la expresión “*specific performance*” para denominar a este remedio. En los comentarios del DCFR nada se dice sobre la razón de la adopción de dicha terminología, pero los redactores de los PECL

evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias”. Por su parte, el art. 79(5) CISG señala: “*Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención*”; de modo que, leído textualmente, este párrafo (5) del art. 79 CISG parecería no excluir el remedio del cumplimiento específico. Ahora bien, y pese al tenor literal de este artículo, como señala HUBER, “several writers take the view that Art. 79 CISG also exempts the non-performing party from a claim for performance by the other party. They argue that the purpose of Art. 79 CISG is to relieve the promisor from having to overcome certain impediments and that it would be inconsistent with this objective if one allowed a claim for performance [HUBER, P., “Part 5: Remedies of the buyer”, en HUBER, P./MULLIS, A., *CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier, München, 2007, pp. 193; interpretación que el autor rechaza].

También se admite que el art. 80 CISG opera como un límite de la pretensión de cumplimiento, en cuanto prescribe que “*una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella*” [cfr. HUBER (2007) p. 194].

También se ha propuesto que la imposición de un deber de mitigación del art. 77 CISG (“*La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida*”) dificulta la posibilidad de obtener una orden de cumplimiento específico [en este sentido, HERMAN, S., “Specific Performance: A comparative Analysis (2)”, *ELR*, v. 7, 2003, especialmente, pp. 196-198].

El estudio de esta materia, como se ha dicho, escapa del objeto de esta tesis. Para una revisión de la forma en que se regula el cumplimiento específico en la CISG, y sobre los problemas que plantea la interpretación de los artículos de la CISG que regulan este remedio, véase –además de los trabajos citados en las notas inmediatamente anteriores– por ejemplo, WALT, S., “For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention”, *TILJ*, n. 26, 1991, pp. 211-251; y KATZ, A. W., “Remedies for Breach of Contract Under the CISG”, *IRLE*, n. 25, 2005, 378-396, especialmente, p. 384 y ss.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

explican que dicha expresión fue tomada del *Common Law*, a falta de otra mejor¹¹⁴⁷.

i. En los Principios Unidroit, en cambio, se prefiere la expresión “derecho a reclamar el cumplimiento” [que es el título de la sección 2 del capítulo 7 (en inglés, “*right to performance*”)]. Por otro lado, se dice, en relación con las obligaciones no monetarias, que la parte no incumplidora “*puede reclamar la prestación*” [art. 7.2.2 (en inglés, “*may require performance*”)].

ii. El CESL utiliza, como los PECL y el DCFR, la expresión “*specific performance*”, expresión esta que en la versión oficial en español se traduce precisamente como “cumplimiento específico” [cfr. art. 155.1(a) CESL].

iii. En la PMCC se utiliza la expresión “acción de cumplimiento” (ese es el epígrafe de la Sección segunda del Capítulo VII del Título I del Libro IV); y se dice, para las obligaciones distintas de las de pagar dinero, que el acreedor “*podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida*” (art. 1192.II PMCC).

[333] El uso de la expresión *specific performance* ha sido *criticado*, planteándose que un abogado del *Common Law* podría entender que ese reconocimiento es un mero derecho a solicitar al tribunal que se

¹¹⁴⁷ En el *comment* A del art. 9:102 PECL, se señala que la elección de esta expresión, que es el nombre que recibe el remedio en el *Common Law*, se explica porque se entendió que “there is no better, generally understood term” [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 394].

pronuncie sobre si procede, o no, el cumplimiento específico¹¹⁴⁸. La crítica es fundada, pues como en su momento se ha visto, el *specific performance* es en el *Common Law* un remedio discrecional del juez. Sin embargo, hay que tener presente que los redactores del DCFR dejan totalmente claro que el *specific performance*, en el sistema del DCFR, *no es un remedio discrecional* ¹¹⁴⁹. Esto quiere decir que el tribunal *tiene* que ordenar el cumplimiento específico solicitado por el acreedor, *a menos* que se esté en presencia de alguno de los supuestos en los que el cumplimiento específico no procede, contemplados expresamente en el mismo art. III.-3:302 DCFR (sobre estos supuestos, *infra* [339] y ss.).

c) La justificación de la regla del derecho al cumplimiento específico

[334] La adopción de esta aproximación –el que el cumplimiento específico se considere *un derecho* del acreedor, y no se le mire como un remedio discrecional del juez– es una decisión que, en opinión de los redactores del DCFR, está ampliamente justificada. En efecto, los redactores del DCFR entienden que reconocer al acreedor un derecho al cumplimiento específico tiene varias ventajas. En *primer lugar*, se dice,

¹¹⁴⁸ En este sentido, VAN KOGELBERG, M., “Article III.3:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement –Albeit Imperfect– Compared with Article 9:102 PECL”, *ERPL*, 2009 (4) pp. 606 y 613-614.

¹¹⁴⁹ *Cfr. comment D* del art. III.-3:302 [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 830]. La misma idea se expresa en el *comment D* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 396]. También se señala lo mismo en el comentario 2 del art. 7.2.2 Principios Unidroit [“en los Principios, el cumplimiento específico no es un remedio cuyo otorgamiento dependa de la discrecionalidad del tribunal”; GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 283].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

se justifica reconocer un derecho al cumplimiento específico porque, a través de este remedio, el acreedor obtiene, en la medida de lo posible, lo que le es debido. En *segundo lugar*, porque se evitan las dificultades que acarrea la evaluación de los daños; y en *tercer lugar*, porque esta solución –el reconocimiento de un derecho al cumplimiento específico– realza la fuerza obligatoria de las obligaciones. Se indica además, que un derecho al cumplimiento específico es especialmente útil en el caso de objetos únicos y en tiempos de escasez ¹¹⁵⁰.

i. En este punto, los comentarios del DCFR básicamente reproducen los respectivos comentarios de los PECL ¹¹⁵¹.

ii. En el comentario 1 del art. 7.2.2 Principios Unidroit, se indica *otra justificación*, no recogida ni en los comentarios de los PECL, ni en los del DCFR. Se dice que “el principio [del cumplimiento específico] *es particularmente importante con respecto a otros contratos diversos a la compraventa*. A diferencia de las obligaciones de dar, las obligaciones de hacer o no hacer con frecuencia sólo pueden ser cumplidas por la propia parte contratante. En estos casos, la única forma de obtener la prestación de la parte que no desea cumplir es mediante la ejecución forzosa” ¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ Cfr. *comment B* del art. III.-3:302 [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 829].

¹¹⁵¹ Cfr. *comment B* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 395].

¹¹⁵² GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 283; cursivas añadidas.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

iii. En la Exp. de motiv. del CESL, no hay referencia alguna a la justificación del reconocimiento al acreedor de un derecho al cumplimiento específico ¹¹⁵³.

iv. Y en la Exp. de motiv. de la PMCC, el reconocimiento del derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico *parece vincularse* al deseo de fortalecer el principio del *favor creditoris*, como principio rector en materia de incumplimiento contractual y sus remedios ¹¹⁵⁴; pero, bien puede entenderse que ese reconocimiento obedece simplemente al apego de la PMCC a la tradición jurídico-continental ¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ En los considerandos de la PR CESL, sólo hay una referencia general sobre la forma en que deben regularse los remedios. Al respecto, se dice: “[l]a normativa común de compraventa europea debe encontrar *soluciones equilibradas teniendo en cuenta los intereses legítimos de las partes al determinar y ejercer los remedios disponibles en caso de incumplimiento del contrato*. En los contratos entre empresas y consumidores, el sistema de remedios debe reflejar el hecho de que la falta de conformidad de los bienes, contenidos digitales o servicios se inscribe dentro de la esfera de responsabilidad del comerciante” [cdo. 33; cursivas añadidas].

¹¹⁵⁴ Así se obtiene, *a contrario sensu*, de lo que se expone, por los propios redactores de la PMCC en su Exp. de Motiv: “El texto que presentamos se inspira en la idea sostenida por Rudolph von Ihering de que cualquier política de favorecimiento del deudor y del llamado “favor debitoris” no es el mejor de los medios para hacer dinámica una economía. Ello significa que el deudor no se exonera por no haber sido culpable, sino que sólo se exonera cuando concurren las justas causas de exoneración. *Significa también que la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa*” (VIII; cursivas añadidas).

¹¹⁵⁵ Sobre este punto, FENOY PICÓN expresa que “[n]o sorprende que la *Propuesta civil* regule el cumplimiento, construyéndolo como derecho del acreedor ante el incumplimiento. Dicho en términos generales, este es un rasgo que caracteriza a los sistemas de *Civil Law*” [(2011) pp. 1502, cursivas del original]. En el mismo sentido, VIDAL OLIVARES, para quien “la propuesta es fiel a la tradición del Derecho Civil continental al reconocer el derecho a exigir el cumplimiento conforme al contrato, como manifestación de su fuerza obligatoria” [(2011) p. 276].

Para GÓMEZ CALLE –recogiendo de L. Díez-PICAZO sobre este punto– el reconocer un derecho al cumplimiento en la PMCC se justifica porque, “consumada la insatisfacción

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

d) El remedio del cumplimiento específico incluye el derecho a obtener la subsanación de la prestación no conforme

[335] El remedio del *specific performance* incluye el derecho del acreedor a que el deudor subsane, sin costo para el primero, una prestación que no es conforme con los términos de la obligación [art. III.-3:302(2) DCFR]¹¹⁵⁶. Aunque no se expresa en el texto del mencionado artículo, esta subsanación comprende, *en su caso*, *el reparar, el sustituir o el completar* la prestación incompleta¹¹⁵⁷.

del acreedor por incumplimiento del deudor, *la primera medida de reacción de orden lógico es la acción dirigida a obtener de forma específica el comportamiento omitido*" [(2012) p. 50; cursivas añadidas].

¹¹⁵⁶ Art. III.-3:302(2) DCFR: "*Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation*".

¹¹⁵⁷ *Cfr. comment C* del art. III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 830].

Conviene destacar, en este punto, que el art. III.-3:205 DCFR (*Return of replaced item*) establece que, en caso de que se subsane el cumplimiento por la vía de la sustitución, el deudor tiene el derecho y la obligación de recuperar el objeto, a expensas del propio deudor; y por otro lado, que el acreedor no debe pagar por el uso que haya hecho de ese objeto en el tiempo intermedio [*"(1) Where the debtor has, whether voluntarily or in compliance with an order under III.-3:302 (Enforcement of non-monetary obligations), remedied a non-conforming performance by replacement, the debtor has a right and an obligation to take back the replaced item at the debtor's expense./ (2) The creditor is not liable to pay for any use made of the replaced item in the period prior to the replacement"*].

Los comentarios del art. III.-3:205 DCFR son parcos, básicamente se limitan a reproducir el texto del artículo, sin dar mayores explicaciones ni justificaciones [*cfr. VON BAR/CLIVE (edits.) DCFR full*, p. 822]. En lo que respecta al III.-3:205(1) DCFR, sólo se dice que el incumplimiento por parte del deudor de la obligación consistente en recuperar el objeto lo hace responsable (en el sentido de que, en tal caso, son de aplicación los remedios generales ante el incumplimiento) [*ibíd (comment B)*]. En las *notas* que acompañan a este artículo, se cita la solución de la Directiva 1999/44/CE, recalando que en ella se reconoce un derecho del consumidor para pedir la sustitución o la reparación del bien "*free of charge*", pero que nada se dice en relación con la restitución del bien por parte del consumidor [*ibíd.*, p. 823 (*note I.1*)]. En

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

i. La fórmula empleada en el DCFR es *similar* a la empleada en el art. 9:102 PECL, si bien en el texto del art. III.-3:302(2) DCFR se especifica que la subsanación de la prestación no conforme es sin costo (*free of charge*) ¹¹⁵⁸.

ii. La idea de que el remedio del cumplimiento específico incluye el derecho a obtener la subsanación de la prestación no conforme, es una idea que también está presente en los otros modelos de modernización del Derecho de contratos, si bien en ellos se expresa en su texto con una fórmula *más precisa*: se dice que el acreedor tiene derecho, en su caso, a que el deudor *repare* y a que el deudor *reemplace o sustituya* la prestación defectuosa. Así se señala en los Principios Unidroit (art. 7.2.3) ¹¹⁵⁹; en el CESL

relación con lo dispuesto en el art. III.-3:205(2) DCFR –esto es, que el acreedor no debe pagar por el uso que haya hecho del objeto durante el tiempo intermedio– los redactores del DCFR citan, en las notas que acompañan a este artículo, el caso *Quelle* (*Quelle AG v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ECJ 17 April 2008C-404/06). En este caso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la expresión “*free of charge*” significa que el vendedor no puede reclamar ninguna suma de dinero en relación con el cumplimiento de su obligación de adecuar la prestación a los términos establecidos en el contrato, y que, por tanto, el vendedor que había vendido bienes que no eran conformes, no puede exigir al consumidor que pague una suma de dinero en compensación por el uso que hizo de esos bienes hasta el momento en que ellos fueron reemplazados por los nuevos bienes [*ibíd.*, p. 823 (*note* II.1)].

¹¹⁵⁸ Art. 9:102 PECL: “(1) *The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance*” (destacado añadido).

En el respectivo comentario de los PECL no se dice nada en relación con la gratuidad de estas vías de subsanación, pero del contexto puede igualmente deducirse la gratuidad, porque la subsanación es una vía para cumplir la prestación que se ha ejecutado en forma defectuosa. [*cfr. comment* C del art. 9:102, LANDO/BEALE (eds.) PECL, p. 395].

¹¹⁵⁹ Art. 7.2.3 Principios Unidroit (*Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa*): “El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda”.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

[aunque sólo se menciona el derecho de subsanación en relación con los remedios del comprador, no en la regulación de los derechos del cliente del servicio relacionado (arts. 106.1 y 110.2 CESL ¹¹⁶⁰, en relación con el art. 111 CESL ¹¹⁶¹)]; y en la PMCC (art. 1193) ¹¹⁶².

En el comentario 2 del art. 7.2.3 Principios Unidroit se dice: “[e]ste artículo menciona dos supuestos de subsanación denominados reparación y reemplazo. La reparación de las mercaderías defectuosas (o la prestación adecuada de un servicio que fue insuficiente) es el caso más común, y el reemplazo de una prestación defectuosa es también frecuente [...] [a]demás de la reparación y el reemplazo existen otras formas de subsanación, como la de obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan las mercaderías, o la obtención de una autorización administrativa” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 287].

¹¹⁶⁰ El art. 106.1 CESL 1, dispone que el comprador podrá “*exigir el cumplimiento, incluidas la prestación específica, la reparación o la sustitución de los bienes o los contenidos digitales, conforme a la sección 3 del presente capítulo*”. Por su parte, el art. 110.2 CESL señala: “*El cumplimiento que podrá reclamarse incluye la subsanación gratuita del cumplimiento que no sea conforme con el contrato*”.

En relación con ello, ZOLL afirma lo siguiente: “[t]he *category of the cure* is also covered by the *right to require performance*, which means that although the seller has rendered the constitutive part of the performance, the right to performance, which would mean also the cure, does not extinguish in principle until the completely correct performance has been accomplished [“Art. 110 CESL”, p. 505 (*comment B*); las cursivas son negrita en el original]. Agrega el mismo autor que “[i]n practical terms it reduces the relevance of the *aliud ad alia* delivery problem from the perspective of this remedy. The buyer may require performance, although the content of this remedy would differ in light of what must be done in order to complete the performance” (*ibíd.*, p. 505; cursivas del original).

¹¹⁶¹ El art. 111 CESL.1 (*Opción del consumidor entre reparación o sustitución*): complementa lo dispuesto en los arts 106.1 y 110.2 (transcritos en la nota anterior), pues señala que la elección entre la reparación y la sustitución corresponde al comprador, en el caso relaciones B2C: “*Cuando, en un contrato de compraventa de bienes de consumo se exija al comerciante subsanar una falta de conformidad de acuerdo con el artículo 110, apartado 2, el consumidor podrá optar entre reparación o sustitución, salvo que la opción escogida fuera ilícita o imposible o, comparada con la otra opción disponible, impusiera costes al vendedor que fueran desproporcionados teniendo en cuenta: (a) el valor que tendrían los bienes en caso de que no hubiese falta de conformidad; (b) la importancia de la falta de conformidad; y (c) si se podría completar la subsanación alternativa sin inconveniente importante para el consumidor*”.

[336] Que este derecho a obtener la subsanación de la prestación no conforme (reparación, sustitución) se entienda parte del remedio del cumplimiento específico tiene, como consecuencia, que *las limitaciones*

ZOLL explica que, al otorgar *al consumidor* la opción entre sustitución y el reemplazo, el CESL sigue el criterio adoptado en la Directiva 1999/44/CE, y no el texto del DCFR. Además, señala, la idea que está detrás de ello no es la eficiencia económica, sino la protección del consumidor [cfr. ZOLL, “Art. 111 CESL” en SCHULZE (edit.) *CESL commentary*, p. 508 (*comment A*)]. Destaca ZOLL que el reconocimiento de una opción al consumidor está limitada, en todo caso, *a los remedios* (el consumidor elige entre reparar o sustituir), por tanto el derecho al cumplimiento específico, en estos casos, no alcanza a la forma en que han de ejecutarse esos remedios, de modo que si el consumidor elige la reparación, no tendrá ninguna injerencia sobre la forma en que se realice la reparación, en la medida que el método elegido por el vendedor conduzca a la conformidad de los bienes [*ibíd.*, p. 509 (*comment B*)].

¹¹⁶² Art. 1193 PMCC: “El derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las mismas limitaciones establecidas en el artículo anterior, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la obligación no lo impida”.

Refiriéndose al art. 1193 PMCC, FENOY PICÓN señala: “[e]l Código civil no contiene una norma general similar a la del artículo 1193 PC, pero en la regulación específica de los contratos hay preceptos que disponen de alguna de las indicadas modalidades del cumplimiento (cfr. arts. 1554.2.º, 1558 CC). Esto no impide entender que el cumplimiento encierra, con carácter general, la reparación, la rectificación y la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme con el contrato, si bien el concreto tipo contractual determina la medida en que ello procede. Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a la reparación de la cosa. Considero oportuno el artículo 1193 [PMCC]” [(2011) p. 1543-1544]. GÓMEZ CALLE, en un sentido parecido, expresa: “hay que valorar positivamente una norma así, que explicita y establece con alcance general una regla ya admitida en nuestro Derecho” [GÓMEZ CALLE (2012) pp. 57-58].

Ahora bien, en relación con este derecho del acreedor a la *sustitución*, dos comentarios. *Por un lado*, como destaca GÓMEZ CALLE, la PMCC no contempla una regla similar a la del art. III.-3:205 DCFR (*supra* nota 1157) que se refiera a la necesidad de restituir el bien sustituido [(2012) p. 58]. El *segundo comentario* es que puede parecer excesivo un derecho a la sustitución en caso de un incumplimiento de poca entidad, de modo que es razonable lo que plantea VIDAL OLIVARES, en el sentido de que, “de mantenerse el texto, los esfuerzos deberán orientarse a aplicar el límite del numeral 3 del artículo 1192, por estimarse contraria a la buena fe la pretensión de sustitución de la prestación en casos de incumplimientos no esenciales” [(2011) p. 277, nota 96].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

*o excepciones del remedio del cumplimiento específico afectan también a este derecho del acreedor a la subsanación*¹¹⁶³.

Creo de interés señalar, aquí, que en la parte especial de los PEL SC se recogen dos artículos particularmente referidos al remedio del cumplimiento específico; artículos que, como todos los artículos referidos a los remedios, no fueron recogidos en la regulación de la parte especial de los *service contracts* del DCFR, por las razones ya explicadas (*supra* [124]). Esos dos artículos son el art. 2:109 PEL SC (*Specific performance and cure*), dentro de la regulación del

¹¹⁶³ En el modelo DCFR, esto no es necesario explicitarlo, puesto que de la redacción del art. III.-3:302 se puede deducir que las limitaciones del remedio del cumplimiento específico también alcanzan a estas particulares formas de cumplimiento específico (las limitaciones al cumplimiento específico vienen enunciadas *después de señalar que el cumplimiento específico incluye el derecho a la subsanación*).

Esto no es así en los Principios Unidroit: el reconocimiento y límite del cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias se encuentra en el art. 7.2.2, y el derecho de subsanación en su art. 7.2.3. De ahí que en la última parte del art. 7.2.3 se exprese que las restricciones del art. 7.2.2 *se aplican al derecho de subsanación* [*supra* nota 1159]. Esta idea se reitera en los comentarios, poniendo de relieve que “en muchos supuestos que involucran defectos pequeños e insignificantes, *se excluye* la necesidad de reclamar un reemplazo o una reparación *que podrían implicar un esfuerzo o gastos no razonables*” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 288 (comentario 3 del art. 7.2.3); las cursivas son entrecomillado en el original].

En la PMCC, como se ha dicho, el derecho del acreedor a la subsanación se regula en el art. 1193 [transcrito en la nota anterior]. Este derecho a la subsanación queda regulado en un artículo separado respecto del derecho al cumplimiento, que está consagrado en el artículo anterior (art. 1192). De ahí que es justificado que el art. 1193 señale expresamente que tal derecho a la subsanación se tiene “*con las mismas limitaciones establecidas en el artículo anterior*”. En palabras de FENOY PICÓN, ello “[e]s precisión lógica y adecuada y no requiere mayor comentario” [(2011) p. 1544]. Hay que considerar, además, que el art. 1193 PMCC establece como presupuesto de este derecho el *que la naturaleza de la obligación no lo impida*. Como señala FENOY PICÓN, “el concreto tipo contractual determina la medida en que ello [la reparación, la rectificación y la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme con el contrato] procede” [(2011) p. 1543]. GÓMEZ CALLE señala, como ejemplo, el caso en el que “el objeto a sustituir fuera un bien concreto, único en su especie”, caso en el cual, plantea la autora, “no sería factible su reemplazo por otro” [(2012) p. 58].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

contrato de *construction*; y el art 3:110 PEL SC (*Specific performance and cure*), dentro de la regulación del contrato de *processing*. En términos generales, el contenido de esos dos artículos es bastante similar. En lo que me interesa destacar aquí, en ambos artículos se indica que, en caso de una prestación no conforme, el cliente tiene derecho al cumplimiento específico (*specific performance*) para obtener la subsanación de dicha ejecución de la prestación que no ha sido conforme¹¹⁶⁴. Pero, la elección sobre la forma específica de subsanación (si la reparación, si la sustitución) corresponde al prestador del servicio (al *constructor* o al *processor*, según el caso)¹¹⁶⁵. Además, también creo de interés señalar que en el modelo los PEL SC, y tratándose de esos contratos, las limitaciones o excepciones al remedio del cumplimiento específico no son las generales (sobre ello, vuelvo *infra* [347] iii).

¹¹⁶⁴ El art. 2:109(1) PEL SC dispone: “*If the constructor does not deliver a structure in accordance with Article 2:104, the client is entitled to have the non-conformity cured by specific performance under Article 9:102 PECL (Non-Monetary Obligations), provided that: (a) cure is not unlawful or impossible; (b) cure will not cause the constructor unreasonable effort or expense; and (c) the performance does not consist in the provision of services or work of a personal character or depends on a personal relationship*”. Por su parte, el art. 3:110(1) PEL SC, señala: “*If the processor has not fulfilled the duties under Article 3:105, the client may claim specific performance under Article 9:102 PECL (Non-Monetary Obligations) [...]*”.

¹¹⁶⁵ En el contrato de *construction*, el art. 2:109(5) PEL SC dispone: “*The constructor is free to determine how to meet the obligation of specific performance. In particular, the constructor is free to decide whether to repair the structure, replace it by a new structure or have the structure repaired at the constructor’s expense by a third party*”. Por su parte, en el contrato de *processing*, el art. 3:110(4) PEL SC dispone: “*The processor is entitled to choose the method of specific performance or cure*”.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

e) El DCFR adopta una perspectiva sustantiva en relación con el remedio del cumplimiento específico, no una perspectiva procesal

[337] El último comentario que haré en relación con el reconocimiento del derecho al cumplimiento específico en el DCFR es, que la perspectiva adoptada en el DCFR *no es una perspectiva procesal*. En efecto, el DCFR atiende únicamente a lo que en otras partes de este trabajo se ha denominado *perspectiva sustantiva del cumplimiento específico* (esto es, el derecho del acreedor a obtener que se condene al deudor al cumplimiento específico). En este sentido, y aun cuando los redactores del DCFR señalan que el acreedor *no sólo* tiene un derecho sustantivo al cumplimiento específico¹¹⁶⁶, conviene destacar que los propios redactores advierten expresamente que “los mecanismos procesales disponibles para obtener el cumplimiento específico y las sanciones por el incumplimiento de cualquier orden judicial que ordene el cumplimiento específico es un aspecto que corresponde a los Derechos nacionales¹¹⁶⁷.”

¹¹⁶⁶ En este sentido, se dice que “[t]he creditor has not only a substantive right to the debtor’s performance but also a remedy to enforce this right specifically, e. g. by applying for an order or decision of a court” [*comment A* del art. III.-3:302; VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 829.

¹¹⁶⁷ *Cfr. comment A* del art. III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 829]. Aunque el DCFR no regula, ni se refiere expresamente a la posibilidad de imponer multas, el *comment H* del art III.-3:302 DCFR se refiere a ello *indirectamente*. Se dice que existe otra restricción a la posibilidad de que el tribunal ordene el cumplimiento específico, que se da en el caso en que se ordene el cumplimiento bajo apercibimiento de prisión o de una multa: la orden del tribunal debe ser suficientemente clara sobre lo que el deudor debe realizar. Además, se expresa que sería inaceptable arrestar o imponer multas a alguien por desobedecer la orden judicial si no se ha establecido con claridad que es lo que aquél debe hacer. En opinión de los redactores, esta restricción

Así, el DCFR sigue, en este punto, la aproximación de los PECL, texto que también adopta únicamente una perspectiva sustantiva en relación con el remedio del cumplimiento específico¹¹⁶⁸. Por esta razón, creo que los casos enumerados como excepciones al derecho a exigir el cumplimiento específico [contemplados en los párrafos (3) y (4) del art. III.-3:302 DCFR, que analizo un poco más adelante] *deben ser considerados como límites de naturaleza sustantiva*, es decir, como límites o excepciones que están llamados a jugar un papel a la hora de determinar si el acreedor puede o no obtener *que se condene al deudor al cumplimiento específico*. Dichos casos [del art. III.-3:302 (3) y (4) DCFR] no tienen relación con la fase de ejecución, de una eventual condena al cumplimiento específico¹¹⁶⁹.

[338] Los Principios Unidroit, en cambio, complementan la regulación sustantiva del derecho al cumplimiento específico

deriva de los derechos humanos y que, por tanto, no requiere ser establecida expresamente [VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, p. 833].

¹¹⁶⁸ *Cfr. comment A* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (eds.) *PECL*, pp. 394-395]; que es igual al transcrito *comment A* del art. III.-3:302 DCFR (*supra* nota 1666).

¹¹⁶⁹ VAN KOGENENBERG critica la decisión de no considerar los aspectos procesales en el DCFR. En su opinión, la falta de una regla en el DCFR sobre las vías procesales en relación con el remedio del cumplimiento específico podría llevar a soluciones disímiles en los diferentes ordenamientos, debido a las diferencias que existen en materia procesal entre ellos. El principal problema que advierte este autor es, que la distinción entre la perspectiva sustantiva y la procesal no siempre es una distinción clara, y esto es particularmente cierto en el caso del *Common Law*. En este sentido, sostiene el autor, si un tribunal del *Common Law* ordena el cumplimiento específico, entonces esta sentencia se debe cumplir porque si no, el condenado estaría en desacato –*contempt of court*– (sobre ello, valga lo dicho *supra* nota 666); en cambio, en los ordenamientos de Derecho continental, como se distingue la perspectiva sustantiva del cumplimiento específico de la procesal, podría ocurrir que se obtenga una sentencia al cumplimiento específico, pero que después tal sentencia no pueda ser ejecutable en sus propios términos [(2009) pp. 607-609].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

estableciendo que, “[c]uando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden” [Art. 7.2.4(1) (*Pena judicial*)]¹¹⁷⁰. La utilización de la expresión “puede ordenar”, pone de relieve que se trata del *reconocimiento de una facultad al tribunal*, lo que quiere decir que la imposición de una multa es una cuestión que, en el sistema de los Principios Unidroit, queda sujeta a la *discreción* del tribunal¹¹⁷¹. Conviene destacar que, según se explica en los comentarios de este art. 7.2.4 Principios Unidroit, la posibilidad de imponer penas *se justifica, especialmente, en consideración de las obligaciones de hacer y de no hacer*. En este sentido, se dice que “en aquellos supuestos en que dichas obligaciones no pueden ser fácilmente cumplidas por un tercero, compeler el cumplimiento por medio de una pena judicial suele constituir la solución más adecuada”¹¹⁷².

Pese a que, como se ha dicho en otra oportunidad, no parece que el CEC sea considerado, en la actualidad, como un texto de referencia para la modernización del Derecho contractual, resulta interesante apuntar que dicho texto adopta un enfoque bastante diferente al del DCFR en relación con el remedio del cumplimiento específico. En efecto, en el CEC, el reconocimiento del derecho del acreedor a obtener el cumplimiento específico no sólo parece mucho más

¹¹⁷⁰ El párrafo (2) del mismo artículo 7.2.4 Principios Unidroit, agrega: “La pena será pagada a la parte perjudicada salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento”.

¹¹⁷¹ Comentario 2 del art. 7.2.4 Principios Unidroit [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 289].

¹¹⁷² *Ibíd.*, p. 289.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

amplio que el que se hace en el DCFR [en cuanto que el CEC parece considerar como único límite al cumplimiento específico la imposibilidad objetiva de la prestación (*cfr.* art. 111.1) ¹¹⁷³], sino que, además, se detallan en el CEC *cuáles son los derechos que asisten al acreedor en relación con cada tipo de obligación*, según su naturaleza y su objeto; o sea, la regulación del CEC no considera únicamente si se trata de una obligación dineraria o no dineraria. De acuerdo con estas reglas, el acreedor puede obtener, tratándose de *obligaciones de hacer*, que se ordene al deudor cumplir con la prestación, o que se le autorice para cumplirla el mismo, o por otro, a costa del deudor [art. 111.2(c) CEC] ¹¹⁷⁴.

El derecho al cumplimiento específico se complementa con la facultad que, para todo tipo de obligaciones, se concede al tribunal para *multar* al deudor, multa que, además, va en su mayor parte en beneficio del propio acreedor (art. 111.3 CEC) ¹¹⁷⁵.

¹¹⁷³ Art. 111.1 CEC (*Ejecución en forma específica*): “Frente al deudor que todavía no ha cumplido la obligación, cualquiera que sea la importancia del incumplimiento, el acreedor tiene el derecho de obtener su ejecución o de su complemento en forma específica, si es objetivamente posible y cualquiera que ella sea el caso, sin perjuicio de los daños y perjuicios”.

¹¹⁷⁴ Art. 111.2(c) CEC: “En particular el acreedor puede obtener judicialmente: [...] c) que el deudor sea condenado a cumplir su obligación, en la medida de lo posible, o a completar la prestación debida; puede también obtener autorización del juez para ejecutar o completar el mismo la obligación o hacerla ejecutar por terceros a costa del deudor”.

¹¹⁷⁵ Art. 111.3 CEC: “Para incitar al deudor que no cumple la obligación a obedecer a la condena encaminada a asegurar en forma específica la ejecución de la prestación que sea objetivamente posible; el juez puede además condenar al deudor, si no se somete o se somete con retraso, al pago de una multa cuyo importe no excederá del triplo del valor de la prestación debida, que corresponderá en un setenta por ciento a favor del acreedor y de un treinta por ciento a favor del Estado. La citada multa puede estar constituida por una suma fija, que produzca intereses en la medida determinada por el juez, o por un

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

Se ha sugerido que todo ello, sumado a lo dispuesto en los arts. 75.1 y 98 CEC, pone de relieve que en el CEC el cumplimiento *in natura* es la vía preferente de protección del interés del acreedor ¹¹⁷⁶.

IV. LAS EXCEPCIONES O LAS LIMITACIONES DEL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN LAS OBLIGACIONES NO DINERARIAS

1. LAS LIMITACIONES QUE CONTEMPLA EL ART. III.-3:302 DCFR

[339] Como se ha anunciado, el reconocimiento al acreedor de un derecho a exigir el cumplimiento específico *no se configura en el DCFR como un derecho absoluto*. En palabras de los propios redactores del DCFR, se trata de un derecho que “queda excluido en varias situaciones

montante debido por cada día de retraso, que se repartirá según las modalidades indicadas”.

¹¹⁷⁶ En este sentido, RAMS ALBESA, para quien del art. 75.1 CEC (“Cada una de las partes ha de ejecutar exactamente e íntegramente todas las obligaciones que derivadas del contrato le conciernen [...]”) resulta evidente la preferencia por el cumplimiento *in natura*, preferencia que, en sus palabras, es “prudente y justo, y además aplaudo”, porque, a su juicio “no se puede creer que el dinero lo resuelve todo”. Esta preferencia por el cumplimiento específico queda, en opinión del autor, reforzada en el art. 98 ECC, puesto que, entiende este artículo niega expresamente el denominado “incumplimiento eficiente” como justificación del incumplimiento contractual (“Hay incumplimiento de la obligación si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, a menos que en el contrato se haya reservado explícita o implícitamente tal posibilidad”) [RAMS ALBESA, J., “Ejecución de ciertas obligaciones contractuales”, en BATIRÉ, C./DE LA CUESTA, J./CABALLERO, J., *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2003, t. 2, p. 357].

especiales”¹¹⁷⁷. Esas situaciones están contempladas en el art. III.-3:302 (3) DCFR –casos en los cuales el “*specific performance cannot [...] be enforced*”– y en el art. III.-3:302 (4) DCFR –caso en el cual “[t]he creditor loses the right to enforce specific performance [...]”.

Art. III.-3:302 (3) DCFR: “*Specific performance cannot, however, be enforced where:*

(a) performance would be unlawful or impossible;

(b) performance would be unreasonably burdensome or expensive;

(c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it”.

Art. III.-3:302 (4) DCFR: “*The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance*”.

a) La prestación física o jurídicamente imposible [art. III. 3:302(3)(a) DCFR]

[340] En los comentarios del DCFR se explica que el derecho al cumplimiento específico queda excluido ya sea que se trate de una imposibilidad de hecho (el acto no puede ser realizado), ya sea que se

¹¹⁷⁷ Cfr. *comment B* del art. III.-3:302 DCFR, p. 829. Estas limitaciones se han incluido en el DCFR porque el estudio comparado de los ordenamientos, y en particular el estudio de las prácticas comerciales, demuestra que el principio del cumplimiento específico debe limitarse, y que en estos casos excepcionales, el remedio de daños, y en algunos casos, el de la resolución, son remedios apropiados para proteger al acreedor [cfr. *ibíd.*, p. 830]. El contenido de este comentario es igual al del *comment B* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 395].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

trate de supuestos en los que la ejecución está prohibida por la ley (asimilándose, así, la *imposibilidad fáctica* y la *ilegalidad*). También se considera imposible el cumplimiento, cuando un tercero ha adquirido prioridad sobre el acreedor, en relación con el objeto de la prestación. Se explica, también, que si la imposibilidad es sólo temporal, el derecho al cumplimiento específico sólo queda excluido durante ese tiempo. Por último, se dice que es irrelevante en este contexto el hecho de que la imposibilidad haga o no responsable al deudor por los daños ¹¹⁷⁸. Esta excepción de la imposibilidad se justifica, según los redactores, “por razones obvias” ¹¹⁷⁹.

Esta excepción está presente en todos los modelos de modernización del Derecho de contratos considerados. Así, y en *idénticos términos*, en el art. 9:102(2)(a) PECL; y de forma similar en el art. 7.2.2(a) Principios Unidroit ¹¹⁸⁰; y en el art.

¹¹⁷⁸ Cfr. *comment* E del art. III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 830].

¹¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 830. La justificación que los redactores del DCFR dan para esta exclusión, está tomada del *comment* E del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 396].

¹¹⁸⁰ En el art. 7.2.2 se indica que la parte tiene derecho al cumplimiento específico “a menos que: / (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible” (en la versión inglesa: “*performance is impossible in law or in fact*”). El comentario 3 del art. 7.2.2 Principios Unidroit es, en este punto, bastante parco. Simplemente se destaca la idea de que “no se puede reclamar la prestación que sea imposible de hecho o de derecho [...] [s]in embargo, la imposibilidad no anula el contrato; la parte perjudicada tiene a su disposición otros remedios” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 283]. El caso de imposibilidad jurídica se ejemplifica así: “la denegación de una autorización administrativa exigida por la ley nacional aplicable, que afecte la validez del contrato, determina su nulidad [...] [e]n este supuesto no puede suscitarse el problema de la ejecución forzosa. Cuando, sin embargo, la denegación de dicha autorización simplemente convierte imposible la prestación, sin que se afecte la validez del contrato [...] el inciso (a) de este artículo [se refiere al 7.2.2] será aplicable, en cuyo caso no puede reclamarse la prestación” [*ibíd.*].

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

1192.II.1.º PMCC ¹¹⁸¹. También la recoge el CESL, si bien adopta una aproximación *formalmente diferente*, pues distingue la imposibilidad de la prestación (*“would be impossible”*) de la ilicitud de la prestación (*“has become unlawful”*) ¹¹⁸².

b) El cumplimiento excesivamente gravoso u oneroso [art. III.-3:302(3)(b) DCFR]

[341] En relación con esta excepción o límite al derecho al cumplimiento específico, los redactores del DCFR señalan que el supuesto de que el cumplimiento sea excesivamente gravoso u oneroso *no* se restringe a los casos en los que la ejecución se haya hecho más

¹¹⁸¹ El art. 1992.II PMCC, tras señalar que el acreedor puede exigir el cumplimiento, indica *“a menos que: 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible”*. A propósito de esta exclusión del cumplimiento específico en la PMCC, FENOY PICÓN señala: “es lógico exceptuar el cumplimiento, si la prestación es física o jurídicamente imposible. La imposibilidad física responde a la naturaleza de las cosas. Si me obligo a dar una concreta cosa (obligación específica) y parece antes de que sea exigible mi obligación, es claro que no podré entregarla [...] [o]tras veces, por ejemplo, el legislador prohíbe comercializar con cierto bien [...] y ello tiene lugar antes de que sea exigible la obligación [(2011) p. 1510]. En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE: “[s]u justificación [se refiere a la exclusión del remedio del cumplimiento específico en caso de imposibilidad] es clara: el deudor no puede superar la imposibilidad material ni obrar de forma ilícita” [(2012) p. 52].

¹¹⁸² Comentando esta excepción, ZOLL explica que, en relación con la *imposibilidad*, el art. 110.3(a) CESL incluye no sólo la imposibilidad inicial, sino también la sobrevenida; y que la imposibilidad, incluso en el caso de que sea excusable, no afecta a la existencia de la obligación, sino que sólo afecta al derecho a pedir el cumplimiento específico como remedio. ZOLL agrega que no interesa si la imposibilidad es objetiva (nadie puede cumplir) o subjetiva (es el particular deudor quien no puede cumplir). Por último, el mismo autor añade que la imposibilidad temporal impide al comprador demandar el cumplimiento en ese momento; y si es una imposibilidad parcial, entonces el comprador puede solicitar el cumplimiento de la parte posible [“Art. 110 CESL”, pp. 505-506 (*comment* B)]. Sobre la *ilicitud*, ZOLL pone de relieve que el supuesto que se regula es principalmente el de la *ilicitud sobrevenida*, pues si el cumplimiento era ilícito antes de la celebración del contrato, entonces se trataría de un problema de validez del contrato [*ibíd.*, p. 506 (*comment* B)].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

gravosa desde el punto de vista económico, sino que se trata de “un concepto más amplio”¹¹⁸³. También se indica que este supuesto *no se limita a los casos* en que se autoriza al tribunal a modificar o a terminar el contrato, debido a un cambio de circunstancias ¹¹⁸⁴.

¹¹⁸³ “It is wider than that. It could cover something which involved a disproportionate effort or even something which was liable to cause great distress, vexation or inconvenience” [*comment F* del art. III.-3:302 DCFR, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 831].

¹¹⁸⁴ En relación con este punto, del art. III.-1:110 DCFR (*Variation or termination by court on a change of circumstances*), se desprende que la regla es que la obligación debe cumplirse, aún si la ejecución se ha vuelto más onerosa. El tribunal solo puede modificar o extinguir la obligación (contractual o derivada de un acto jurídico) en el caso en que la ejecución se haya vuelto excesivamente onerosa debido a un *excepcional* cambio de circunstancias y que, por ello, sea manifiestamente injusto exigir que el deudor cumpla.

Esta institución del cambio de circunstancias se regula de forma parecida en los PECL [art. 6.111 (*Change of Circumstances*)]; en los Principios Unidroit [en el Capítulo 6, Sección 2, *Excesiva onerosidad (hardship)*, arts. 6.2.1 a 6.2.3]; y en el CESL [art. 89 (*Cambio en las circunstancias*)]. Hay, sin embargo, algunas diferencias notorias. *Por un lado*, en el DCFR se exige que el cambio de circunstancias sea excepcional, mientras que en los demás textos no se exige esta calificación [sobre este punto, comparando la aproximación del DCFR con los Principios Unidroit y con los PECL, véase MOMBORG URIBE, R., “Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law: The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR”, *VJICLA*, n. 15, 2011(2) pp. 251-253]. *Por otro lado*, en todos estos textos se impone a las partes un *deber de renegociar*, antes de acudir al tribunal. En el comentario del art. III.-1:110 DCFR se expresa que se rechazó incluir en el DCFR este deber de renegociar debido a que se consideraba “undesirably complicated and heavy” [*cfr.* VON BAR/CLIVE (edits.), *DCFR full*, v. 1, p. 712].

El Código civil español no regula la institución del cambio de circunstancias, aunque la doctrina y los tribunales han admitido algunos efectos a la alteración sustancial del contrato debida a un cambio de las circunstancias, recurriendo a la cláusula *rebus sic stantibus* [*cfr.* por ejemplo SAN MIGUEL PRADERA, L., “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, *ADC*, n. 55, 2002(3), pp. 1118-1120]. La PMCC sí regula el cambio de circunstancias, en su art. 1213, y como en el DCFR, *no se incorpora un deber de renegociar*. En opinión de SALVADOR CODERCH: “conviene añadir, a la proyectada redacción del art. 1213, una referencia explícita a la renegociación de los contratos. La revisión o resolución judiciales deben seguir al fracaso de la renegociación y tener en cuenta tal circunstancia”. En apoyo de su posición, el autor señala que “[e]l acogimiento [...] de una pretensión de renegociación sería congruente con el respeto al principio de buena fe [...] [ya que] la negativa

En cuanto a *los criterios* para determinar cuándo se está ante esta excepción, se dice por los redactores del DCFR que, si bien no es posible establecer una regla precisa sobre cuándo ha de considerarse excesivamente gravoso u oneroso el cumplimiento, hay algunos criterios que deben ser considerados *irrelevantes*, mientras que otros pueden ser considerados como *relevantes*. Son *irrelevantes*, en este contexto, las consideraciones relativas a la razonabilidad de la transacción, y las consideraciones sobre lo apropiado o no de la contraprestación¹¹⁸⁵. En cambio, *puede ser un criterio relevante* a la hora de determinar si el cumplimiento específico es excesivamente gravoso, el considerar la posibilidad que el acreedor tiene de obtener fácilmente la ejecución de un tercero y luego repercutir el costo de dicha ejecución al deudor¹¹⁸⁶.

injustificada de una de las partes a renegociar el contrato violaría el principio de buena fe contractual” y que “el rechazo a entablar todo tipo de negociación sobre la relación contractual resultaría con frecuencia contrario a la naturaleza de las cosas: el que las partes mismas renegocien el contrato para revisarlo en lugar de que lo haga el Juez tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que aquéllas tenderán a estar mucho mejor informadas que éste sobre la naturaleza y circunstancias de la relación que media entre ellas” [SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos”, *BMJ*, año 65, n. 2130, 2011 (abril) p. 7].

¹¹⁸⁵ *Cfr. comment F* del art. III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 831]. En esta parte, este comentario es idéntico al *comment F* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, p. 396], incluyendo las ilustraciones que lo acompañan.

¹¹⁸⁶ Esta última explicación, que se encuentra en el *comment F* del art. III.-3:302 DCFR (VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 831), es original en comparación con el *comment F* del art. 9:102 PECL. La razón de la diferencia es, sin duda, que en los PECL la posibilidad de que el acreedor realice una operación de reemplazo en condiciones razonables se configura como un límite o una excepción autónoma al remedio del cumplimiento específico [art. 9:102(d) PECL], excepción que no se recoge como tal en el DCFR (sobre ello, vuelvo más adelante, *infra* [344]).

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

Este límite al cumplimiento específico se recoge, en términos similares, en todos los modelos de modernización del Derecho de contratos aquí considerados ¹¹⁸⁷.

c) **La prestación de naturaleza personal, que hace que no sea razonable ordenar el cumplimiento específico [art. III.-3:302(3)(c) DCFR]**

[342] En este caso, la excepción al cumplimiento específico se justifica *por dos* clases de razones: por un lado, por razones *prácticas* (pues sería inútil intentar obligar al deudor a ejecutar obligaciones de una naturaleza altamente personal); y por otro lado, por el debido *respeto de los derechos humanos del deudor* (de su libertad e integridad personal) ¹¹⁸⁸.

En relación con este límite al cumplimiento, me parece importante apuntar que el criterio al que debe atenderse para determinar el

El ejemplo que los redactores del DCFR ofrecen de lo que se indica en el texto es el siguiente. La empresa A vende y entrega a la empresa B una máquina. B descubre un defecto en los ajustes de la máquina, defecto que puede ser subsanado por un ingeniero competente. A no dispone de ingenieros a menos de 300 km. de la empresa B. Para A sería incurrir en un costo excesivo enviar uno de sus propios ingenieros para realizar una tarea que un ingeniero local puede realizar perfectamente. A ofrece a B pagar el ajuste realizado por el ingeniero local. Si B puede fácilmente conseguir un ingeniero local para realizar el ajuste, entonces B no puede exigir a A que envíe a uno de sus propios ingenieros [*Comment F* del art. III.-3:302 DCFR, p. 831 (*illustration 4*)].

¹¹⁸⁷ Art. 9:102(2)(a) PECL (“*performance would cause the debtor unreasonable effort or expense*”); art. 7.2.2(b) Principios Unidroit (“*la prestación, o en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa*”); art. 110(3)(b) CESL (“*[el cumplimiento] sea desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador*”); art. 1992.II PMCC: (“*El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor*”).

¹¹⁸⁸ *Comment G* del art. III.-3:302 DCFR (VON BAR/CLIVE, *DCFR full*, p. 832).

alcance de la excepción *no es la mera naturaleza personal de los servicios*; ya que el art. III.-3:302(3)(c) DCFR requiere que la obligación sea personal en tal grado “*that it would be unreasonable to enforce it*”. En opinión de los redactores del DCFR, excluir el cumplimiento específico en *todas* las obligaciones consistentes en realizar trabajos o servicios de carácter personal sería algo demasiado amplio; y de ahí que el criterio que debe aplicarse es el de determinar si, en el caso particular, *forzar el cumplimiento específico sería o no razonable* ¹¹⁸⁹. Sin duda, *esta explicación es lo que justifica el cambio de redacción en la configuración de esta excepción*, en relación con la correspondiente excepción o límite de los PECL y de los Principios Unidroit

En efecto, tanto de la redacción del art. 9:102(c) PECL (“*the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship*”), como de la redacción del art. 7.2.2(d) Principios Unidroit (“*performance is of an exclusively personal character*”), da la impresión de que, para estos dos textos, basta el hecho de que la naturaleza de la prestación sea personal (o que la prestación se base en una

¹¹⁸⁹ “The criterion here is not simply the personal nature of the work or services to be provided. To exclude enforcement of specific performance of all obligations to provide work or services of a personal character would be far too broad. The criterion is whether enforcing performance would be unreasonable. In deciding that question regard would have to be had to the debtor’s human rights and fundamental freedoms, including in particular the rights to liberty and bodily integrity. For example, an obligation to take part in a medical experiment involving surgical procedures on the debtor would not be specifically enforced. There is no reason, however, why a firm of professional carers should not be enforced to perform their contracts to supply personal caring services [...]– [t]he expression of *a personal character* does not cover service of work which may be delegated. However, a provision in a contract that work may not be delegated does not necessarily make the work of a personal character[...]” [Comment G del . III.-3:302 DCFR, VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 832, cursivas son entrecomillado en texto original].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

relación de confianza) para que el cumplimiento específico quede automáticamente excluido. Por esta razón, es razonable sostener que, en el sistema del DCFR, sería posible obtener una condena al cumplimiento específico en casos en los que dicha posibilidad quedaría excluida bajo los PECL o bajo los Principios Unidroit ¹¹⁹⁰. Sin embargo, conviene tener presente que los comentarios que acompañan a los arts. 9:102(c) PECL y 7.2.2(d) Principios Unidroit, ponen de relieve que esta excepción al cumplimiento específico –el carácter personal de la obligación– *no debe interpretarse en términos muy amplios* ¹¹⁹¹.

Resulta interesante apuntar, también, que, en opinión de los redactores del DCFR, la razón de esta excepción al cumplimiento no se encuentra en la posibilidad de que la actuación del deudor (su trabajo o su servicio) pueda no satisfacer al acreedor, en el sentido de que la prestación, así obtenida, pueda resultar de una calidad inferior a la

¹¹⁹⁰ Analizando esta exclusión en los Principios Unidroit, SCHWENZER plantea que “a lot of types of performance, such as for example giving information, rendering accounts [...] are of and exclusive personal character in the sense that they can only be fulfilled by the obligor in person. Simply award damages to the obligee would frequently leave him or her unprotected because the amount of damages cannot be proven” [(1999) p. 300]. Estos ejemplos de obligaciones de hacer, que ofrece SCHWENZER, no quedarían automáticamente excluidos en el DCFR, porque podría considerarse que es razonable el cumplimiento específico.

¹¹⁹¹ Por ejemplo, se señala que esta excepción al cumplimiento no es aplicable si los servicios son delegables [*cfr. comment G* del art. 9:102 PECL, BEALE/LANDO (edits.) PECL, p. 397], y que “esta excepción no se aplica a prestaciones que deben ser cumplidas por personas jurídicas. Tampoco se trata de incluir dentro de esta frase [cumplimiento de naturaleza exclusivamente personal] a las actividades ordinarias de un abogado, médico, ingeniero u otras personas, cuyos servicios pueden ser prestados por otros con la misma preparación y experiencia. El cumplimiento será de naturaleza exclusivamente personal si este no es delegable y exige una destreza particular de naturaleza artística o científica, o si implica una relación confidencial y personal” [Comentario 3.d del art. 7.2.2 Principios Unidroit; GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 285]].

debida. En este sentido, los redactores del DCFR entienden que *decidir si vale la pena forzar al deudor al cumplimiento es una decisión del acreedor, y no una razón para establecer una excepción de forma automática*¹¹⁹².

i. El CESL no contempla una excepción basada en la naturaleza personal de la prestación. En mi opinión, ello puede explicarse porque los límites del remedio del cumplimiento específico se regulan a propósito de los derechos o remedios del comprador, y la obligación de entregar que tiene el vendedor no es una obligación personal.

ii. La PMCC sí considera una excepción al derecho al cumplimiento específico, la del carácter personal de la prestación. Pero tal como hacen los PECL y los Principios Unidroit, no incorpora el criterio de la razonabilidad del DCFR a la hora de configurar esta excepción. Así, y según el tenor literal del texto propuesto, basta con que “*la prestación sea personal del deudor*”, para que el remedio del cumplimiento específico quede excluido (art. 1192.II.4.º PMCC).

d) La falta de reclamación del cumplimiento en un plazo razonable [art. III.– 3:302(4) DCFR]

¹¹⁹² Cfr. *comment G* del art III.–3:302 DCFR (VON BAR/CLIVE, *DCFR full*, p. 832). El DCFR toma así distancia, de una de las razones dadas para configurar esta excepción en los Principios Unidroit, en los que se indica precisamente que, además de que “la ejecución forzosa podría interferir con la libertad personal del deudor [...] dicha forma de cumplimiento podría afectar la calidad de la prestación” [comentario 3.d del art. 7.2.2 Principios Unidroit, GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 285].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

[343] El art. III.-3:302(4) DCFR dispone que el acreedor *pierde* el derecho al cumplimiento específico, si no lo solicita dentro de un *plazo razonable* desde que el acreedor ha tomado conocimiento, o podía razonablemente esperarse que hubiera tomado conocimiento, del incumplimiento de la obligación.

Se trata de un límite que ha sido tomado de los PECL [art. 9:102(3)]¹¹⁹³. Es más, los comentarios del art. III.- 3:302(4) DCFR *reproducen* los respectivos comentarios del art. 9:102 PECL. En ellos, se explica que lo que se busca con este límite es proteger al deudor de los problemas o dificultades que puede acarrearle la demora del acreedor en solicitar la ejecución de la prestación¹¹⁹⁴. Y también se dice que lo que ha de considerarse como un período razonable depende de cada caso, y que *corresponde a la parte incumplidora mostrar que el tiempo que ha tardado el acreedor en solicitar el cumplimiento no ha sido*

¹¹⁹³ Art. 9:102(3) PECL: “*The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance*”.

¹¹⁹⁴ *Cfr. comment I* del art. III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 833; *comment I* del art. 9:102 DCFR [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, pp. 398-399].

En relación con la justificación de esta limitación al cumplimiento, se ha dicho también que “[t]his additional limitation of the remedy not only cuts the margin for a speculative behaviour of the creditor but is based on more general considerations, i.e. that the creditor’s interest in specific performance no longer merits legal protection, if he is not interested enough to request performance shortly after it was due [SCHMIDT-KESSEL, M., “The right to Specific performance under the DCFR” en WAGNER, G. (edit.) *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Sellier, München, 2009, p. 79].

*razonable*¹¹⁹⁵. Por último, conviene destacar que los redactores del DCFR explican que esta regla es complementaria de las reglas sobre la notificación de la no conformidad, y de las reglas sobre prescripción¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ *Cfr. comment I* del art. III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (edits.) *DCFR full*, p. 833; y el *comment I* del art. 9:102 PECL [LANDO/BEALE (edits.) *PECL*, pp. 398-399].

¹¹⁹⁶ *Ibíd.* Sobre la relación que existe entre esta limitación al cumplimiento y las reglas sobre notificación al deudor de la no conformidad, conviene tener presente que el DCFR establece, entre las reglas generales de los remedios por incumplimiento, que el acreedor debe notificar al deudor, *en un tiempo razonable*, el hecho de que los bienes entregados o los servicios suministrados no son conformes con el contrato [*cfr.* art. III.-3:107 (*Failure to notify non-conformity*)]. De ahí la mentada complementariedad que existe entre este límite del art. III.-3:302(4) DCFR y las reglas sobre la notificación de la no conformidad: el acreedor que demande el cumplimiento específico no sólo debe hacerlo en un plazo razonable, sino que también ha de comunicar al deudor, en un plazo razonable, la falta de conformidad de la prestación que se ha ejecutado. En este sentido, se ha dicho que: “[a] notification of non-conformity under Art. III.-3:107 DCFR denotes a sufficient request in the sense of Art. III.-3:302 (4) DCFR only, if the intention to get the defect remedied can be ascertained” [SCHMIDT-KESSEL (2009) p. 79]. En todo caso, es importante destacar que el mismo art. III.-3:107 DCFR expresa que ese deber de notificar la no conformidad de la prestación ejecutada en un plazo razonable *no se aplica a los casos en los que el acreedor es un consumidor* [*cfr.* Art. III.-3:107(4) DCFR]. La regla del art. III.-3:107 DCFR debe complementarse con lo dispuesto en el art. IV. A.-4:301 DCFR (*Examination of the goods*) y el art. IV.A.-4:302 DCFR (*Notification of lack of conformity*). La primera de ellas establece el deber del comprador de examinar los bienes; la segunda, establece algunas reglas particulares relativas a la plazo que tiene el comprador para notificar al vendedor la falta de conformidad. Lógicamente, estas dos reglas tampoco se aplican a las ventas de consumo.

Sobre la relación de esta limitación al cumplimiento y *las reglas de prescripción*, considérese que el DCFR regula la prescripción [en el Capítulo 7 del Libro III (*Prescription*) arts. III.-7:101 a III.-7:601 DCFR], siguiendo muy de cerca, y casi sin modificaciones, la regulación de la prescripción de los PECL [Capítulo 14 (*Prescription*), arts. 14:101 a 14:601 PECL]. Que en esta materia el DCFR casi no modifique las reglas de los PECL se explica porque la regulación que contienen los diferentes capítulos que componen la tercera parte de los PECL no se limita al Derecho contractual, sino que se adopta una *perspectiva más neutra*: esta parte de los PECL se refiere a las obligaciones en general [así lo explican los propios redactores de los PECL; *cfr.* LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (edits.) *Principles of European Contract Law. Part. III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, p. xvi, n. 2; en adelante LANDO *et al.*, (edits.) *PECL III*]. Pues bien, se entiende que este límite al cumplimiento específico basado en el

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

- i. Esta excepción también se encuentra en los Principios Unidroit [art. 7.2.2 (e)]¹¹⁹⁷.

hecho de que no se ejercita el derecho en un plazo razonable, *es una regla particular, frente a esas reglas de prescripción*, y que es de aplicación preferente: por tanto, las reglas de prescripción del Capítulo 7 del Libro III DCFR sólo podrían resultar de aplicación en el caso particular en que hubiese una demora suficientemente larga [cfr. *ibíd.*, p. xviii; el *comment B* del art. III.-7:101 DCFR, VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 2, p. 1140; y el *comment B* del art. 14:101 PECL, LANDO *et al.* (eds.) *PECL III*, p. 158].

¹¹⁹⁷ Art. 7.2.2(e): “*the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance*”.

En los comentario 3(e) del artículo 7.2.2, se explica que “[e]l cumplimiento de un contrato frecuentemente requiere de una preparación especial y del esfuerzo del deudor. Si llega el momento del cumplimiento pero el acreedor no lo reclama dentro de un plazo razonable, el deudor está facultado para presumir que el acreedor ya no insistirá en el cumplimiento específico. Si al acreedor se le permitiera dejar al deudor en estado de incertidumbre acerca del momento en que el cumplimiento específico podría ser reclamado, se corre el riesgo de que el acreedor especule en forma desleal, en detrimento del deudor y de un sano desarrollo del mercado” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 286].

En la medida en que lo que se busca es evitar una actuación desleal por parte del acreedor, *esta limitación encuentra su fundamento en el principio general de la buena fe* [art. 1.7 Principios Unidroit (*Buena fe y lealtad negocial*): “(1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.* / (2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber*”], y por esta vía, puede conectarse también esta regla con el deber de notificar la no conformidad de la prestación ejecutada, deber que, si bien no está expresamente contemplado en los Principios Unidroit, deriva del deber general de actuar de buena fe [en efecto, en aplicación de este principio de la buena, es posible entender que un comprador pierde el derecho a reclamar por un defecto si no lo comunica al vendedor, especificando la naturaleza de los defectos y sin demora injustificada a partir del momento en que descubrió o debió haber descubierto el defecto; así se explica en el ejemplo del comentario 3 del art. 1.7 [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 24].

Conviene igualmente señalar que, en los Principios Unidroit, este “plazo razonable” que hace perder al acreedor el derecho a exigir el cumplimiento específico, *es un plazo que hace excepción a las reglas generales sobre prescripción*. En efecto, y si bien no se dice expresamente en el texto de los Principios Unidroit, en el comentario 2 del art 10.1 Principios Unidroit (*Ámbito de aplicación de este Capítulo*), del Capítulo 10 (*Prescripción*) se señala: “[s]egún estos Principios los derechos pueden perderse si la parte legitimada a adquirir o ejercer un derecho no notifica o cumple un acto dentro de un plazo razonable, sin demora injustificada, o dentro de otro plazo fijado”, y se pone, como ejemplo, precisamente, el art. 7.7.2(e). Y a continuación se agrega que “[s]i

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

ii. Pero no se encuentra en el CESL ni en la PMCC. Ahora bien, si se considera, como se ha sugerido por algún autor, que el principio de la buena fe negocial es el fundamento de esta exclusión¹¹⁹⁸, entonces podría entenderse que, en la medida que el principio de la buena fe está reconocido en estos dos últimos textos, esta excepción –la pérdida del derecho a exigir el cumplimiento específico por no haberlo hecho dentro de un plazo razonable– también podría operar en el CESL ¹¹⁹⁹, y en la PMCC ¹²⁰⁰.

bien estos artículos cumplen con una función similar a la de los períodos de prescripción, sus plazos especiales y sus efectos no son afectados por los períodos de prescripción señalados en este Capítulo, pues estos plazos responden a necesidades particulares”. Y finalmente, se especifica que “[e]n el caso excepcional de que *un plazo razonable* resulte más largo que el período de prescripción aplicable, prevalecerá el primero” [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, pp. 408-409; las cursivas son entrecomillado en el texto original].

¹¹⁹⁸ Así, NANCLARES VALLE, J., “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos” en VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 182.

¹¹⁹⁹ El art. 2 CESL (*Buena fe contractual*) señala: “1. Cada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual./ 2. El incumplimiento de este deber podrá impedir a la parte incumplidora el ejercicio o la invocación de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría, o podrá hacerla responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte./ 3. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos”. Por su parte, el art. 2(b) PR CESL define “buena fe contractual” como “una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión”.

¹²⁰⁰ En lo que respecta a la PMCC, no hay un reconocimiento expreso de la buena fe como principio rector, lo que es lógico atendido el alcance de la modificación propuesta y al hecho de que la buena fe, como límite de los derechos subjetivos, está ya consagrada en el art. 7 CC. Por otro lado, hay que considerar que, en el caso particular de la PMCC, este supuesto que se analiza (exclusión del derecho al cumplimiento si no se pide en un plazo razonable) podría quedar incluido dentro del art. 1192.II.3º PMCC. En este sentido, por ejemplo, GÓMEZ CALLE, para quien “a falta de una norma parecida [a la del III.-3:302(4) DCFR] en la PMCC, los problemas que la misma encarará *habrían de resolverse con el principio de la buena fe*, y en particular, con la doctrina del retraso desleal” [(2012) p. 55; cursivas añadidas]. El punto, creo, es al menos discutible. Concebido el cumplimiento específico como un derecho del

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

2. OTROS LÍMITES AL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO

a) La posibilidad de realizar una operación de reemplazo como límite al cumplimiento específico

[344] Los Principios Unidroit y los PECL recogen *una excepción o limitación* al cumplimiento específico, que no está recogida en el DCFR. Se trata de la exclusión del derecho al cumplimiento específico *en el caso de que el acreedor pueda razonablemente obtener la prestación por otra vía*; es decir, cuando el acreedor pueda razonablemente realizar una *operación de reemplazo* [art. 7.2.2(c) Principios Unidroit (*“la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía”*); art. 9:102(d) PECL (*“the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source”*)].

[345] ¿Cuál es la justificación para incorporar esta excepción al derecho al cumplimiento específico?

En los comentarios de los Principios Unidroit, esta excepción se explica porque “se ha tenido en vista la realidad económica”, ya que se entiende

acreedor, las excepciones que reconoce este derecho deberían interpretarse en términos restringidos. Así, si nada se ha dicho en la PMCC sobre el plazo para ejercer la acción de cumplimiento, me parece tanto o más razonable plantear que la acción de cumplimiento, en lo que refiere al plazo para su ejercicio, está únicamente limitada por las reglas de prescripción. En este sentido, por ejemplo, ROCA TRÍAS expresa que “en la Propuesta española no se reproduce esta norma [la autora se refiere expresamente al art. III.-3:302(4) DCFR y al art. 9:102(1) PECL; aunque del contexto se infiere que se refiere al art. 9:102(3) PECL], *rigiéndose el tema por las reglas de prescripción* [(2011) p. 13, cursivas añadidas]. En todo caso, conviene apuntar que en la PMCC, la *buena fe* aparece como un *particular límite* al cumplimiento específico (art. 1192.II.3.º; *infra* [348]).

que, existiendo otros proveedores que ofrecen los mismos bienes o servicios, los clientes “no estarían dispuestos a perder tiempo y esfuerzos reclamando el cumplimiento específico de la otra parte. Preferirían ir al mercado a obtener los mismos tipos de bienes o servicios y reclamar el resarcimiento por falta de cumplimiento”¹²⁰¹.

En los comentarios de los PECL, por su parte, se destaca que la inclusión de esta excepción *no* busca introducir una suerte de “test de adecuación de los daños” –en el sentido de que el cumplimiento específico sólo proceda en el caso de que el remedio de daños resulte inadecuado¹²⁰²–, sino que se trata de *conminar al acreedor* a elegir el remedio que mejor satisfaga su interés, y que dicha satisfacción pueda ser obtenida de la manera más simple¹²⁰³. Por tanto –se expresa– el acreedor siempre puede pedir el cumplimiento específico de la prestación; tal remedio sólo quedará excluido *si el deudor logra probar que el acreedor podía razonablemente realizar una operación de reemplazo*¹²⁰⁴.

¹²⁰¹ Comentario 3c del art. 7.2.2 Principios Unidroit [GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, pp. 284-285].

¹²⁰² Sobre el denominado “test de adecuación” para determinar la eventual procedencia del remedio del cumplimiento específico, rasgo característico del sistema de remedios frente la incumplimiento contractual en el *Common Law*, véase *supra* [211] y ss.

¹²⁰³ *Cfr. comment H* del art. 9:102 PECL [BEALE/LANDO (edits.) *PECL*, p. 398].

¹²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 398. Así, resulta que el simple hecho de que la prestación pueda ser obtenida de otra fuente no basta para que quede excluido el remedio de cumplimiento específico: la escasez de unos bienes, su excesivo costo o el hecho de que el deudor no esté en condiciones de soportar el pago de la diferencia el valor de la prestación obtenida de otra fuente, hacen que realizar una operación de reemplazo pueda no ser razonable en los términos de este artículo, y que el derecho al cumplimiento específico no quede excluido [*cfr. ibíd.*, p. 398; y también el comentario 3 c del art. 7.2.2 Principios Unidroit, GARRO (dir.) *Principios Unidroit*, p. 285].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

Es de destacar que la inclusión de esta excepción en los PECL se ha juzgado como “un intento por satisfacer al abogado del *Common Law*”¹²⁰⁵, y de ahí que se haya sugerido que en los PECL, en relación con la regulación del remedio del cumplimiento específico, “prevalece la aproximación del *Common Law*”¹²⁰⁶.

[346] Pues bien, como ya se ha apuntado, el DCFR *no recoge*, dentro del listado de excepciones que contempla su art. III.-3:302, una excepción al cumplimiento específico basada en la posibilidad del acreedor de realizar una operación de reemplazo, como la de los PECL¹²⁰⁷. Esto ha permitido afirmar que el DCFR se acerca, en este punto, más a la aproximación del Derecho continental que a la del *Common Law*¹²⁰⁸.

Tratándose de una excepción que tiene un efecto importante en la práctica –pues ella *opera siempre que el objeto del contrato sean bienes*

¹²⁰⁵ Cfr. VAN KOGELBERG (2009) p. 605.

¹²⁰⁶ Cfr. SCHMIDT-KESSEL, M., “Remedies for breach of contract in European Private Law -Principles of European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference”, en SCHULZE, R. (edit.) *New Features in Contract Law*, Sellier, München, 2007, p. 188.

¹²⁰⁷ En palabras de VAN KOGELBERG: “[t]he controversial exception on cover transactions on the right to enforced performance (Article 9:102, section 2d PECL) has not survived a further step to harmonization. In Article 3:302 DCFR, this exception has been deleted. The creditor is no longer denied the possibility to claim enforced performance in the event that he could rely on a substitute transaction by a third party. The creditor may choose to claim performance by the original debtor”[(2009) p. 612].

¹²⁰⁸ En este sentido, DE VRIES, G., “Right to specific performance: It’s there a divergence between Civil-and Common-Law- systems and, If so, how has been bridged in the DCFR?”, *ERPL*, 2009(4), pp. 593-595; SCHMIDT-KESSEL (2007) p. 188; y también VAN KOGELBERG (2009) p. 613.

*fungibles o servicios estandarizados*¹²⁰⁹– resulta cuando menos curioso que el DCFR no haya recogido esta excepción. En este sentido, se ha sugerido que el hecho de que el DCFR se aparte en este punto de la solución adoptada en los PECL, se explica por la necesidad de incorporar la legislación comunitaria en materia de derecho de los consumidores, legislación que tiende a favorecer el derecho del consumidor a obtener el cumplimiento específico¹²¹⁰.

[347] Ahora bien, pese a que la posibilidad de realizar una operación de reemplazo en condiciones razonables no se configura

¹²⁰⁹ Así lo expresa SCHWENZER (1999) p. 297.

¹²¹⁰ Así, DE VRIES: “The reason I submit for this move away from the PECL is that the draughtsmen of DCFR, unlike those of the PECL, also had to cover the fields of application of the existing EU Directives that are under review and any others likely to be reviewed in the foreseeable future and therefore had to include consumer law. It was in order to realize this aim the Study Group on a European Civil Code, the successor of the Commission of European Contract Law, was enlarged with the Research Group on EC Private Law. As has been mentioned above, EC Directive 1999/44 of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees grants consumers a right to specific performance; in case a consumer good shows a lack of conformity at the time it was delivered [...] [w]hereas the draughtsmen of the PECL could ignore rights of consumer and were, therefore, free to choose for the [...] *cover transaction* exception [...] the draughtsmen of the DCFR were obliged to include in the DCFR the rights EU law confers on consumers” [(2009) pp. 595-596; cursivas del original].

Y en el mismo sentido, SCHMIDT-KESSEL, quien no sólo explica esta diferencia con los PECL, sino que, además, critica la aproximación del DCFR. En su opinión, el que esta excepción o límite al cumplimiento específico no se recoja en el DCFR es un “regrettable development [pero que] is in line with the cases where specific performance is provided for by the Community Law namely as regards the claims for substitute performance, reparation and alternative arrangements for the consumer under Consumer Sales Directive and the Package Travel Directive. Providing the creditor with the broad option of claiming specific performance needlessly strengthens a remedy of insignificant practical importance. This approach is also questioned on the continent. The academic Draft Common Frame of Reference therefore should abstain from such an infiltration of consumer law ideas into the general law of contracts and therefore stick to the exclusion of specific performance where the creditor may reasonable obtain performance from another source” [(2007) p. 188].

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

formalmente como una excepción al cumplimiento en el modelo del DCFR, *esa posibilidad puede jugar igualmente un rol importante en relación con la procedencia del derecho al cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias*. En este sentido, como ya se ha apuntado, los redactores del DCFR entienden que la posibilidad de realizar una operación de reemplazo puede ser *utilizada como un criterio para determinar si el cumplimiento de la obligación puede considerarse excesivamente oneroso o gravoso para el deudor* [y en consecuencia, que el cumplimiento quede excluido en virtud del art. III.-3:302(3)(b) DCFR].

Pero, *además*, el apartado (5) del art. III.-3:302 DCFR establece que el acreedor no puede demandar daños, o el pago de una suma de dinero estipulada para el caso de incumplimiento, en la medida que el acreedor ha aumentado sus pérdidas, o ha aumentado el monto de dicho suma, *insistiendo de forma no razonable en el cumplimiento específico, en circunstancias que el acreedor podría haber realizado una operación de reemplazo sin un esfuerzo o costo significativos*¹²¹¹. Por tanto, la posibilidad de realizar una operación de reemplazo en las condiciones descritas, si bien no se configura directamente como una excepción al

¹²¹¹ Art. III.-3:302(5) DCFR: *"The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense"*.

derecho a obtener el cumplimiento específico, “opera indirectamente como otra restricción”¹²¹².

Debido a lo que se dice en los comentarios del apartado (3)(b) del art. III.-3:302 DCFR y a lo dispuesto en el apartado (5) del mismo artículo, se ha afirmado que la aproximación del DCFR al cumplimiento específico está en sintonía con los postulados del análisis económico del Derecho pues, en definitiva, lo que se busca es que el acreedor utilice, en el caso concreto, aquel remedio que, desde una perspectiva económica, sea el más eficiente¹²¹³.

- i. El CESL no contempla la posibilidad de realizar una operación de reemplazo dentro de los casos de exclusión del derecho al cumplimiento específico. Sin embargo, se ha sugerido que la

¹²¹² *Cfr. comment B* del art. III.-3:302 DCFR; VON BAR/CLIVE (eds.) *DCFR full*, v. 1, p. 829. Se entiende que esta regla sirve como un control sobre la forma en que se ejercen los derechos y las acciones por parte del acreedor, más específico que el control del principio de la buena fe [*ibíd., comment*] (pp. 833-834)].

¹²¹³ En este sentido, DE GEEST, si bien advierte que la interrelación entre el párrafo párrafos (3)(b) y el párrafo (5) del art. III.-3:302 DCFR no es del todo clara. En este punto, el autor se pregunta: ¿Qué ocurre si el cumplimiento es excesivamente oneroso para el deudor, y el acreedor puede realizar fácilmente una operación de reemplazo con un tercero, para quien la ejecución es igualmente onerosa? Según de DE GEEST, el tenor literal del texto del DCFR parece permitir esta situación; pero, desde un punto de vista económico, la operación de reemplazo (el cumplimiento por vía sustitutiva) no debería autorizarse, puesto que supone igualmente incurrir en un costo innecesario [DE GEEST, G., “Specific performance, Damages and Unforeseen Contingencies in the Draft Common Frame of reference”, en LAROUCHE, P./CHIRICO, F. (eds.) *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, Sellier, Munich, 2010, p. 126]. Para una aproximación sobre la función del remedio de cumplimiento específico desde la perspectiva del análisis económico del derecho, véanse los trabajos referidos *supra* nota 659.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

posibilidad de realizar una operación de reemplazo puede quedar comprendida en la excepción del art. 110.3(b) CESL¹²¹⁴.

ii. Tampoco la PMCC contempla expresamente esta excepción. Podría plantearse que ella cabe en el supuesto del art. 1992.II(3), es decir, que exigir el cumplimiento, pudiendo realizar una operación de reemplazo, sería contrario a la buena fe¹²¹⁵. Por otro lado, hay que tener presente que el art. 1211 PMCC regula el deber de mitigar el daño¹²¹⁶, de modo que, por esta vía, podría alcanzarse el mismo efecto del art. III.-3:302(5) DCFR.

iii. Un último comentario, en relación con la excepción que ahora analizo. Como ya se ha dicho, en la parte especial de los PEL SC hay dos artículos referidos particularmente al remedio del cumplimiento específico, a propósito del contrato de *construction* y del contrato de *processing* (*supra* [336]). En lo que ahora me

¹²¹⁴ En este sentido, ZOLL: “[p]aragraph 3 letter b provides the last exclusion from the right to require performance by the buyer. The buyer cannot exercise this remedy if the burden or expense of performance would be disproportionate to the benefit that the buyer would obtain. The right to require performance should not be economically inefficient. *If the application of other remedies (eg damages) combined with the substitute transaction is essentially cheaper than imposing the performance on the seller, then this substitute transaction should be preferred*” [“Art. 110” pp. 506-507 (*comment B*); cursivas añadidas].

¹²¹⁵ En contra de esta posible interpretación, FENOY PICÓN, por cuanto “esta construcción supone sustraer, a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento específico y forzoso [...] un importante campo de actuación [...] [t]eniendo en cuenta que tal vez pudiera intentarse encajar el supuesto expuesto [se refiere a la posibilidad de realizar una operación de reemplazo] en el artículo 1192.2.4º [*sic*; debe entenderse que se refiere al 1192.2.3º] [...] reitero mi opinión favorable a su supresión [(2011) p. 1549].

¹²¹⁶ Artículo 1211 PMCC: “No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas”.

Segunda parte: el derecho del cliente al cumplimiento específico

interesa destacar, en ambos artículos se indica que el cliente tiene derecho al cumplimiento específico, en conformidad con lo dispuesto en el art. 9:102 PECL. Pero, ello se establece con una importante excepción: se dice que el límite contemplado en el art. 9:102(d) *no es aplicable* ¹²¹⁷. En el modelo de los PEL SC, por tanto, y tratándose de contratos de *construction* y de *processing*, el hecho de que el cliente pueda razonablemente obtener la prestación de otra fuente (esto es, que tenga la posibilidad de realizar una operación de reemplazo) no limita su derecho a obtener el cumplimiento específico ¹²¹⁸. La razón de ello, sin embargo, no aparece con toda claridad en los comentarios de los PEL SC ¹²¹⁹.

¹²¹⁷ En relación con el contrato de *construction*, el art. 2:109(2) PEL SC dispone: “Article 9:102(d) PECL (Non-Monetary Obligations) does not apply to any case to which paragraph (1) applies” [el párrafo (1) es el que establece el derecho al cumplimiento específico, transcrito *supra* nota 1164]. En relación con el contrato de *processing*, el art. 3:110 PEL SC, parte final dispone “[...] Article 9:102(2)(d) PECL (Non-Monetary Obligations) does not apply” [la primera parte de este párrafo consagra el derecho al cumplimiento específico, transcrito *supra* nota 1164].

¹²¹⁸ Así se indica expresamente, en relación con el contrato de *construction*, en el *comment A* del art. 2:109: “[p]aragraph (2) ascertains that the mere possibility of obtaining performance from another source is not a reason to deny the right of the client to specific performance” [BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 386; cursivas añadidas].

¹²¹⁹ En el caso del contrato de *construction*, los redactores de los PEL SC parten de la base que para el cliente que acudir a otro prestador para que ejecute el contrato puede tener un costo muy alto. Se dice “[c]onstruction is normally a process that is so individualised that the costs of switching to another provider of the service before the structure is finished are high” (*comment B* del art. 2:109 PEL SC; BARENDRECHT *et al.*, PEL SC p. 387). Pero ello, en mi opinión, no termina de convencer, pues la excepción del art. 9:102(d) PECL supone que el acreedor no puede *razonablemente* realizar una operación de reemplazo (y bien puede sostenerse que si es muy caro obtener la prestación de otra fuente, ello entonces “no es razonable”). Nada más se dice sobre el particular en el resto de los comentarios de este artículo (*cfr.* BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, pp. 386-391).

Por su parte, en los *comment E* del art. 3:110 PEL SC se indica sobre el particular que “The present Article excludes one of the exceptions listed to the right to specific performance, i. e. Article 9:102(2)(d) PECL (Non-Monetary Obligations), where it is

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

b) La buena fe como limite al ejercicio del remedio del cumplimiento específico

[348] Además del supuesto basado en la posibilidad de realizar una operación de reemplazo, la única otra excepción del derecho al cumplimiento específico que está presente en alguno de los considerados modelos de modernización del Derecho de contratos, y que no está en el DCFR, es la excepción basada en la *buena fe*. Se consagra en el art. 1192.II.3º PMCC, que dispone, tras afirmar el derecho del acreedor al cumplimiento específico, “*a menos que: [...] “[l]a pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe*”¹²²⁰. Pese a que este límite al cumplimiento específico no se consagra en el DCFR, GÓMEZ CALLE entiende que el mismo “opera también en el DCFR, por lo dispuesto con carácter general en su art. III.-1:103”¹²²¹.

stated that specific performance cannot be obtained where the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source. In processing contracts, performance may occasionally be obtained from a third party, but in almost all cases this will entail extra costs, time and effort for the client. This means that in almost all cases the exclusion of the right to specific performance will not be applicable. *The exception is deleted to avoid litigation on this issue* [BARENDRECHT *et al.*, PEL SC, p. 476, cursivas añadidas].

¹²²⁰ Sobre la inclusión de esta excepción basada en la buena fe en la PMCC, véase FENOY PICÓN (2011) pp. 1530-1531. La autora estima, entre otras consideraciones, que en la medida que esta excepción al cumplimiento específico es aplicación específica del art. 7 CC, el art. 1193.II.3º debería suprimirse (p. 1531).

¹²²¹ GÓMEZ CALLE (2012) p. 53. El art. III.-1:103 DCFR (*Good faith and fair dealing*) dispone: “(1) *A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship./ (2) The duty may not be excluded or limited by contract./ (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for nonperformance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that person would otherwise have*”.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

[349] Las principales conclusiones de este capítulo son las siguientes:

1. En el DCFR, el cumplimiento específico del acreedor de una obligación de hacer se configura como *un derecho suyo*, es decir, no se trata de un remedio discrecional del juez. Por esta razón es que puede decirse que el DCFR se inclina, a la hora de regular el remedio del cumplimiento específico, por la aproximación del Derecho continental. Esta aproximación –el reconocimiento de un derecho al cumplimiento específico de la obligación no dineraria– es una aproximación compartida por todos los modelos de modernización del Derecho contractual considerados en este capítulo.

2. Ahora bien, como derecho del acreedor, el cumplimiento específico *no se configura como un derecho absoluto*. El derecho al cumplimiento específico queda excluido en algunos supuestos. Si bien se observan, en este punto, algunas diferencias entre el DCFR y los demás modelos de modernización del Derecho de contratos, hay casos de excepción al cumplimiento que están presentes en *todos* los textos examinados. Son excepciones comunes a todos los modelos: *i)* la imposibilidad de la prestación (física o jurídica), y *ii)* el hecho de que el cumplimiento de la prestación sea excesivamente gravoso para el deudor. Es también una excepción *ampliamente* admitida la que se basa en la naturaleza personal de la prestación; excepción que sólo el CESL no recoge.

10. Cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR...

3. Considerando el estudio realizado en este capítulo, creo que es posible decir que el modelo del DCFR es claramente más favorable al cumplimiento específico de las obligaciones de hacer, que los otros modelos de modernización del Derecho de contratos. *Por un lado*, en el DCFR no es la naturaleza “personal” de la prestación la que excluye el remedio del cumplimiento específico, sino el hecho de que, atendida esa naturaleza, *no es razonable exigir el cumplimiento en el caso particular*. Esto introduce un matiz en relación con la formulación de la correspondiente excepción en los Principios Unidroit, en los PECL, y también en la PMCC. *Por otro lado*, el hecho de que en el DCFR no se recoja explícitamente la excepción basada en la posibilidad del acreedor de realizar una operación de reemplazo (si bien hay algunas reglas que permiten considerar este supuesto), es un factor que favorece el cumplimiento específico de los contratos que tienen por objeto una obligación consistente en realizar una actividad. Esto porque, la adopción de un modelo que excluya directamente los casos en los que el acreedor puede obtener el cumplimiento a través de una operación de reemplazo, tiene como consecuencia la supresión del remedio del cumplimiento específico en los contratos de servicio *estandarizados o fungibles*: en estos contratos, por definición, siempre será posible acudir al mercado para obtener un sustituto.

[350] Un comentario para terminar. Como se ha dicho, el enfoque del DCFR en relación con el remedio del cumplimiento específico es un enfoque sustantivo. Por ello, en la medida en que el acreedor no cuente con vías procesales eficaces para obtener el cumplimiento *in natura* de la *eventual condena al cumplimiento*, el remedio del cumplimiento

específico puede ser un remedio contractual muy poco atractivo. La existencia y naturaleza de esas vías procesales pueden variar significativamente de un país a otro. Por ello, en este punto, y tratándose de textos supranacionales, me parece mejor la aproximación de los Principios Unidroit, que la del modelo PECL/DCFR, en cuanto en los Principios Unidroit se reconoce, al menos, la posibilidad de que el tribunal imponga multas. La ausencia de una regla como esa en la PMCC, en cambio, me parece una omisión correcta: la regulación de las formas de cumplimiento de las condenas es materia que corresponde a la Ley de enjuiciamiento civil, no al Código civil. Otra cosa distinta es, que las limitaciones sustantivas que pudieran llegarse a introducir en el Código civil, en caso que se adopte el texto de la PMCC, sean tales que, en la práctica, las reglas de la Ley de enjuiciamiento civil sobre ejecución de condenas de hacer terminen teniendo un campo de actuación muy restringido.

Conclusiones

I. Dos han sido los objetivos de esta investigación. Uno, sentar algunas bases para construir una categoría jurídica de los contratos de servicios. El otro, analizar, desde la perspectiva particular de los contratos de servicio, uno de los remedios del acreedor por el incumplimiento del deudor: el remedio del cumplimiento específico, a fin de determinar si puede decirse que el mismo es, o no, un derecho del cliente *en el caso del incumplimiento del contrato por parte del prestador del servicio*.

II. La investigación de la que se da cuenta en la *Primera parte* de esta tesis muestra, en primer lugar, las dificultades que existen a la hora de dibujar una categoría general de los “contratos de servicio” en el Derecho civil español.

En este sentido, lo primero que conviene tener presente es que la consideración del Código civil, de que la contratación de “obras y servicios” es una forma de arrendamiento (arts. 1542 y 1544 CC) *sólo puede justificarse desde una perspectiva histórica: es la conservación de la concepción unitaria romana del arrendamiento (locatio conductio)*.

Las críticas a esa forma de regulación adoptada por el Código civil, han llevado a la doctrina española, *en contra del texto legal*, a escindir el arrendamiento, emancipando de él a la contratación de obras y servicios, y confiriéndoles una cierta autonomía propia.

En la actualidad, en el Derecho civil español, el modelo de regulación de los contratos de servicio (en sentido amplio) puede describirse como un *modelo “dual”*, en cuanto se diferencian dos contratos: el contrato “*de servicios*” y el contrato “*de obra*”. *Para diferenciarlos, se recurre explícitamente a la distinción, de origen doctrinal, entre obligaciones “de medios” y obligaciones “de resultado”*. Sin embargo, la razonabilidad de esa construcción “dual” *puede ser puesta en tela de juicio*, y así lo ha hecho un sector de la doctrina científica. Las críticas apuntan, sobre todo, a *la utilidad que puede ofrecer* la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado como criterio de distinción. A ello se suma el hecho de que, salvo los supuestos de confección de obra material (que quedan cubiertos por la regulación contenida en los arts. 1588 y ss. CC), los mentados contratos “*de servicios*” y “*de obra*”, así explicados, *carecen de regulación*; y por ello, el modelo jurisprudencial y doctrinal dual de “*servicios/obra*” *no ofrece ninguna utilidad como modelo de regulación*.

Frente a esa situación, el DCFR ofrece un modelo de regulación de los contratos de servicio, que vale la pena considerar. Ahora, ¿es un buen modelo la regulación de los *service contracts* del DCFR? En mi opinión, y tras el análisis del que se ha dado cuenta en el capítulo 5 de la tesis, esa regulación del DCFR tiene luces y sombras. Entre los aspectos positivos, destaca, a mi juicio, por ejemplo, la existencia de una regulación general, que aborda aspectos que son relevantes y característicos en

Conclusiones

estos contratos (como son, por ejemplo, los deberes de información y de cooperación entre las partes). Y además, creo que es destacable el reconocimiento de que el prestador de un servicio no necesariamente garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor (el cliente). En mi opinión, ello es un aspecto interesante no sólo en la regulación de los servicios, sino que además incide a la hora de describir o (re)construir el modelo general de responsabilidad por incumplimiento contractual. En los contratos de servicio, el sólo hecho de que no se haya alcanzado el resultado esperado por el cliente, no es algo que permita, por sí mismo, entender que ha existido incumplimiento contractual. La obligación asumida por el prestador del servicio puede consistir en su sola actuación diligente, de modo que, cumpliendo con esa diligencia, cumple con el contrato.

Otras características del modelo de regulación de los *service contracts* del DCFR, en mi opinión, probablemente *requieren ser consideradas con mayor detenimiento*, si quiere adoptarse esa regulación como modelo para una eventual reforma del Derecho español.

Por ejemplo, ¿son las actividades de servicio, especialmente reguladas en el DCFR, representativas de las actividades de servicios más relevantes en la economía española? Pienso, por ejemplo, en las actividades vinculadas al turismo.

Otra pregunta, que plantea el modelo del DCFR es, ¿convendría incorporar en una misma categoría general de los “contratos de servicio”, contratos que en el DCFR –y también hoy en el Código civil– tienen una regulación separada, como ocurre con el mandato? Al menos

en relación con el mandato, a mi juicio ello es posible, y lo considero técnicamente adecuado: si los contratos de servicio, como categoría, incluyen tanto a los servicios gratuitos como remunerados, bien puede darse cabida al mandato en esa categoría, aun cuando éste fuese gratuito. Por lo demás, el mandato puede ser también remunerado, y con ello, el tratamiento separado, que es herencia del Derecho romano, carece de sentido. Tampoco la representación es, me parece, un elemento que justifique el tratamiento separado; por lo demás, el mandato puede serlo sin representación.

Por último, ¿es conveniente una regulación tan voluminosa y tan detallada como la del DCFR? En mi opinión, seguramente es mejor contar con menos reglas y de alcance más general. Un mayor nivel de detalle no asegura, por sí mismo, la eficiencia de las reglas, y puede, en cambio, dificultar el conocimiento del Derecho y su aplicación, y, como técnica legislativa, supone un esfuerzo importante en la redacción, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, contradicciones internas, etc.

Desde luego, para todas las anteriores preguntas, no hay respuestas definitivas. Pero, creo que es conveniente abordarlas, sobre todo porque, en todos esos aspectos, el modelo de los *service contracts* del DCFR no es –como se ha mostrado– únicamente el resultado de decisiones técnico-jurídicas.

III. El estudio del que se da cuenta la *Segunda parte* de la tesis muestra que la respuesta a la pregunta por el derecho del cliente de un servicio a obtener el cumplimiento específico del contrato, viene tradicionalmente determinada por dos elementos: uno, la existencia de

Conclusiones

prestación debida; y el otro, la existencia de *vías procesales de apremio*. Al menos ello es así en los ordenamientos de Derecho continental, y por lo mismo, en el Derecho español.

En relación con este aspecto, puede tenerse por cierta la afirmación generalizada de que el *Common Law* y el Derecho continental adoptan un diferente punto de partida en relación con el remedio del cumplimiento específico, para lo que existe, como se ha mostrado en su lugar, una explicación histórica.

En síntesis, en el *Common Law* el cumplimiento específico *no se configura como un derecho del acreedor*, sino que se trata de un remedio que se concede discrecionalmente por el tribunal y, en aplicación de los criterios jurisprudenciales, el remedio del *specific performance* queda excluido tratándose de obligaciones de hacer.

En el Derecho continental, en cambio, el cumplimiento específico se considera un *derecho sustantivo* del acreedor, incluso tratándose de obligaciones de hacer. En efecto, si bien en el *ius commune* se terminó imponiendo la idea de que, por regla general, no existía un derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer (*nemo potest praecise cogi ad factum*), hoy se afirma ese derecho respecto de toda obligación, incluidas las de hacer, como una consecuencia del principio del *pacta sunt servanda*. En efecto, aunque la pregunta por el cumplimiento específico se resuelve en los ordenamientos continentales, como se ha visto, preferentemente en un *plano sustantivo*, la idea de que el acreedor (el cliente) tiene derecho al cumplimiento específico se afirma también en la existencia de ciertas *vías procesales* para obtener ese

cumplimiento (destacamente, en las *astreintes* o en las multas coercitivas).

Ahora bien, pese a ser ese el principio general, el estudio del Derecho alemán y del Derecho francés –como ordenamientos representativos del Derecho continental– muestra que, al menos tratándose de obligaciones de hacer de carácter personalísimo, sigue vigente el *nemo potest praecise cogi ad factum*, ya sea que se manifieste más bien en el plano sustantivo (no puede obtenerse una condena contra el deudor), ya sea que se manifieste más bien en el plano procesal (el deudor no puede ser coaccionado). *Por otro lado*, el estudio realizado muestra, que hay otras limitaciones al cumplimiento específico (como son, por ejemplo, las denominadas “imposibilidad económica” e “imposibilidad práctica”), limitaciones que pueden determinar que, tratándose de servicios fugibles o no personalísimos, el cliente tampoco pueda obtener el cumplimiento específico del contrato.

Lo que se ha dicho en relación con el Derecho continental *es también válido para el Derecho español*. Antes de la entrada en vigor del Código civil, la idea de que el acreedor de una obligación contractual de hacer tuviera un derecho a obtener su cumplimiento *in natura* era una idea discutida por la doctrina española. En síntesis, se observa una oposición entre el *nemo potest praecise cogi ad factum*, del *ius commune*, y el *pacta sunt servanda*, principio éste que se afirma a partir de ciertas *leyes de Las Partidas*, y en consideración a la existencia de ciertas vías procesales de apremio, admitidas (si bien con alguna discusión) hasta la entrada en vigor de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881.

Conclusiones

Esa forma de aproximarse al cumplimiento específico de las obligaciones –la clara referencia a la regulación procesal– es una constante en la doctrina civil española. *Durante todo el siglo XX*, la regulación procesal contenida en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 determinó que la respuesta a la pregunta por el derecho del acreedor al cumplimiento específico de las obligaciones de hacer *fuera negativa*. Y es que la *inexistencia* de vías procesales de apremio en el caso de las obligaciones de hacer (art. 924 LEC de 1881) determinaba que no tuviera sentido buscar que se condenase al deudor al cumplimiento específico (aunque se admitiera teóricamente esa posibilidad). Se entendía que el acreedor de una obligación contractual de hacer debía conformarse con una indemnización de daños (obligación de hacer no fungible) o con obtener la prestación de un tercero (obligación de hacer fungible).

Es cierto que la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 modificó ese estado de cosas, en cuanto incorpora la posibilidad de apremiar con multas al deudor de una de una obligación de hacer *personalísima*. Pero, esas reglas procesales *no tienen como exclusivo campo de aplicación las condenas de hacer derivadas de obligaciones contractuales*, de modo que, el que exista o no derecho a que se condene al deudor al cumplimiento específico de la obligación contractual, es una cuestión que, me parece, ha de resolverse en el plano sustantivo, y dichas reglas procesales no tienen incidencia en ella. Y *en el plano sustantivo, la moderna doctrina española viene propiciando la incorporación de “nuevos” límites al cumplimiento específico*. Esos “nuevos” límites no solo están presentes en el Derecho comparado (en BGB, por ejemplo), sino que además están

recogidos en los modelos de modernización del Derecho de contratos como son, por ejemplo, los PECL, los Principios Unidroit y el DCFR, y se han recogido también en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, del año 2009; si bien entre todos esos textos hay algunas diferencias, que en su oportunidad se han ido destacando.

En mi opinión, la admisión de esos “nuevos” límites al remedio del cumplimiento específico tiene una especial incidencia (que será mayor o menor según cómo se configuren dichos límites) a la hora de describir el sistema de remedios frente al incumplimiento contractual, *cuando se adopta la perspectiva particular de los contratos de servicio*. Pues, si el servicio es personalísimo, entonces el cumplimiento específico *quedará generalmente excluido*, precisamente por ese carácter; y si el servicio es fungible o estandarizado, también el cumplimiento específico *quedará generalmente excluido*, pues, por definición, el cliente puede acudir a otro prestador para obtener el servicio deseado.

Bibliografía*

ABELLA RUBIO, J. M.^a, “Efectos del incumplimiento”, en O’Callaghan Muñoz, X. (coord.) *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 361-382.

ACCARIAS, C., *Précis de Droit Romain*, 2.^a ed., Paris, 1874 (t. 2)

AGENHOFER, S., “A European Civil Law - for Whom and What Should it Include? Reflections on the Scope of Application of a Future European Legal Instrument”, *ERCL*, 2/2011, pp. 195-218.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004, t. 2.

ALBARDONEDO FREIRE, A./BETANCOURT SERNA, F., “Régimen Jurídico de la construcción en las partidas de Alfonso X El sabio”, en HUERTA, S. (coord.) *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Historia de la Construcción: Cádiz, 27-29 de enero de 2005*, Instituto Juan de Herrera, Madrid, 2005, pp. 11-20.

* Las referencias abreviadas, utilizadas en la tesis, siguen el siguiente patrón, salvo que otra cosa se indique:

i) Tratándose de libros (tratados, manuales, monografías): indicación del (de los) apellido(s) del autor (en versalitas) seguido de la (s) primera(s) palabra(s) del título de la obra (en cursivas);

ii) Tratándose de colaboraciones en obras de autoría colectiva, y de trabajos publicados en revistas: indicación del (de los) apellido(s) del autor (en versalitas) seguido del año de publicación (entre paréntesis). Todas las revistas han sido identificadas mediante siglas o abreviaturas (véase el listado de siglas y abreviaturas, al comienzo de la tesis).

Todas las páginas web referidas en la tesis; se han consultado con fecha 01/02/2014.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *ADC*, n. 55, 2002 (3) pp. 1134-1227.

ALEMÁN MONTERREAL, A. M., *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Universidad de Almería, Almería, 1996.

ALESSI, D., "The distinction between Obligations de Résultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of promises", *ERPL*, 5, 2005, pp. 657-692.

ALONSO OLEA, M., "Breve nota sobre el arrendamiento de servicios en Pothier, junto con la traducción de algunos pasajes del mismo", *RPS*, n. 117, 1978, pp. 185-195.

ALONSO PÉREZ, M.^a T., "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)", *Indret* 3/2012.

- *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.

ALONSO RODRÍGUEZ, M.^a Á., "Ejecución. Presupuestos y disposiciones generales. Ejecución provisional", *EJ*, 2003 (1), pp. 753-799.

ALPA, G./ZENO-ZENCOVICH, V., *Italian Private Law*, Routledge-Cavendish, Oxford/New York, 2007.

ÁLVAREZ, J. M., *Instituciones de Derecho real de España*, Madrid, 1829.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Instituciones de Derecho Civil*, Valladolid, 1840.

ALZON, C., "Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio", *RHDFE*, 1963, pp. 553-591.

AMIRANTE, L., "Ricerche in tema di locazione", *BIDR*, 1959, n. 1, pp. 9-119.

ANDREWS, N., *Contract Law*, Cambridge University Press, 2011.

ANTEQUERA, J. M.^a, *Historia de la Legislación española*, Madrid, 1849.

ANTÓN GUIJARRO, J., "La ejecución provisional de resoluciones judiciales. La ejecución no dineraria", *EJ*, 2001 (3) pp. 531-606.

ARANGIO-RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto Romano*, 6.^a ed. inalterada, Nápoles, 1942.

Bibliografia

ARCOS VIEIRA, M. L., "Sobre el contrato de mandato en el Código Civil y en el Fuero Nuevo", *RJN*, n. 22, 1996, pp. 61-86.

ARROYO I AMAYUELAS, E., "Los Principios del Derecho contractual Comunitario", *ADC*, n. 61, 2008 (1) pp. 211-239.

"Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu", en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (edit.) *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya (Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona, 2012, pp. 183-226.

ASHBURNER, W., *Principles of Equity*, 1st ed, London, 1902.

AUBRY, C./RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 1869, 4.^a ed., t. 3.

AYLLÓN SANTIAGO, H., "Cumplimiento *sensu stricto* en contrato unilateral y en contrato bilateral", en O'Callaghan Muñoz, X. (coord.) *Cumplimiento e incumplimiento del contrato*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 23-130.

BACKHAUS, R., "The limits of the duty to perform in the Principles of European Contract Law", *EJCL*, v. 8, 2004 (1).

BADOSA COLL, F., "Comentario del art. 1098" en PAZ-ARES *et al.* (dirs.) *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. 2, pp. 28-30.

BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 4.^a ed., Butterworths, 2002.

BALDUS, Ch., "Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la «falta de conformidad de escasa entidad»", *ADC*, 2006 (4) pp. 1611-1640.

BARENDRECHT, M./JANSEN, C./LOOS, M./PINNA, A./CASCAO, R./VAN GULIJK, S., *Principles of European Law. Service Contracts*, Sellier, München, 2007.

BARMANN, J., "Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel", *RIDC*, n. 3, 1961 (1) pp. 18-53.

BARRES BENLLOCH, P./EMBED IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho*

contractual europeo»). Edición: Ole Lando y Hugh Beale, Colegios notariales de España, Madrid, 2003.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de Droit civil*, Paris: t. 2 (1882) y t. 3 (1884).

BEALE, H., "The Nature and Purposes of the Common Frame of Reference", *JILR*, 14/2008, pp. 10-17.

BEALE, H./FAUVARQUE-COSSON, B./ RUTGERS, J./ TALLON, D./ VOGENAUER, S., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2.^a ed., Hart Publishing, Oxford, 2010.

BECH SERRAT, J. M., "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", *Indret* 1/2010, pp. 38-41.

BELL, D., *The coming of post-industrial society. A venture in social forecasting*, Basic Books, New York, 1973 (reimpresión de 1999).

BELLISSENT, J., *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), *Tratado de Contratos*, 2.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 (t. 3).

BERGSTEN, E., "Methodological Problems in the Drafting of the CISG", en JANSSEN, A./MEYER, O., *CISG Methodology*, Sellier, München, 2009, pp. 5-31.

BERMÚDEZ REQUENA, J. M., "Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles", *Diario La Ley*, n. 6967 (Sección Doctrina), 13 Jun. 2008, año 29, Ref. D-186 [artículo electrónico sin numeración de páginas].

BERNARD, F., *Cours sommaire de Droit Civil*, Paris, 1874 (t. 3).

BERRYMAN, J., "The specific performance damages continuum: An historical perspective", *OLR*, v. 17, 1985, pp. 295-323.

BETANCOURT SERNA, F., *Derecho romano clásico*, 3.^a ed., Universidad de Sevilla, 2007.

- "Normativa y legislación constructiva en la antigüedad y en la alta edad media, en GRACIANI, A. (coord.) *La técnica de la arquitectura medieval*, Sevilla, 2000, pp. 75-96.

BJÖRKLUND, A., "Articles 25-29" en KROLL, S./MISTELIS, L./PERALES VISCASILLAS, P. (eds.) *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods (CISG)*,

Bibliografía

C. H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford (UK) y Portland (USA), 2011, pp. 333-390.

BOILEUX, J. M., *Commentaire sur le Code de Napoleon*, 6.^a ed., Paris, 1859 (t. 6).

BOJE, T. P., "Towards a post-industrial service society", en BOJE, T. P./FURÅKER, B. (eds.) *Post-industrial Labour markets*, Routledge, London/New York, 2003, pp. 124-146.

BONELL, M. J., "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?", *ULR*, 1996(2) pp. 229-246.

BORGUETTI, J.-S., "Service Contracts: The French experience", en ZIMMERMANN, R. (coord.), *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 99-113.

BRASIELLO, "L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano", *RISG*, 1927 (enero-marzo) pp. 529-580.

BRAY, J., *A student's guide to Equity and Trust*, Cambridge University Press, 2012.

BROWN, B., "La equity en el derecho de los Estados Unidos de América", *BMDC*, n. 21, 1974, pp. 21-38.

BRYAN, M./VANN, V. J., *Equity and Trusts in Australia*, Cambridge University Press, 2012.

BUCHER, E., "Chapter 8: Law of contracts", en DESSEMONTET, F./ANSAY, T. (eds.) *Introduction to Swiss Law*, 3.^a ed., Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 103-123.

BUCKLAND, W./MCNAIR, A., *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge University Press, 2.^a ed., 1952.

BURHAM, W., *Introduction to the law and legal system of the United States*, 4.^a ed., Thompson/West, 2006.

BURNS, F., "The Fusion Fallacy Revisited", *BLR*, v. 5, n. 2, 1993, pp. 151-178.

BURROWS, A., *Understanding the Law of obligations*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

- "We Do This At Common Law But That In Equity" *OJLS*, v. 22, n. 1, 2002, pp. 1-16.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "El anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción", *ADC*, n. 60, 2007 (2) pp. 621-848.

- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993.
[CABANILLAS, *Las obligaciones*].

CACHÓN CÁRDENAS, M., *Apuntes de ejecución procesal civil*, Universitat Autònoma de Barcelona (Servei de Publicacions), Bellaterra, 2011.

CAILLEMER, E., *Études sur les antiquités juridiques d'Athènes. Huitième étude: Le contrat de louage a Athènes*, Paris, 1869.

CALAZA LÓPEZ, S., "Principales proyecciones del Derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", *RGDP*, n. 23, 2011.

CAMPUZANO DÍAZ, B., "Un plan de acción para un Derecho Contractual Europeo más coherente", *AMDI*, n. 4, 2004, pp. 290-309.

CAPITANT, H. (dir.) *Adages de droit français. Extrait du vocabulaire juridique*, Paris, 1936.

- "Les effects des obligations", *RTDC*, 1932, pp. 721-726. [CAPITANT (1932)].

CARRASCO GARCÍA, F. Á., "Ejecución dineraria especial. Ejecución no dineraria", *EJ*, 2003 (1) pp. 867-910.

CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010.

- "Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina", *Indret* 1/2006.

CARBALLO PIÑEIRA, L., "Aspectos históricos de la ejecución de condenas no dinerarias (2.ª Parte): del período visigodo a nuestros días", *Dereito*, v. 12, n. 1, 2003, pp. 7-36.

CARTER, J. W./ PEDEN, E. /TOLHURST, G.J., *Contract Law in Australia*, 5.ª ed., Butterworths (Lexisnexis), Australia, 2007.

CARTWRIGHT, J., *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

CARTWRIGHT, J./ VOGENAUER, S./WHITTAKER, S. (eds.) *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme de droit*

Bibliografía

des obligations et de la prescription («the Avant-projet Catala»), Hart Publishing, 2009.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, t. 3, [17.^a ed., 2009]] y t. 4 [14.^a ed., 1988].

CHAPPUIS, C., “Les Clauses De Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence et Les Regles De L’Art Dans Les Contrats Internationaux”, *IBLJ*, n. 3/4, 2002, pp. 281-301.

CHARMAN, M., *Contract Law*, 4.^a ed., Willan Publishing, Cullompton, 2007.

COESTER-WALTJEN, D., “The New Approach to Breach of Contract in German Law” en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp. 135-156.

COLIN, A./CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, 6.^a ed., Paris, 1931.

CORONAS, S. M., “Hevia Bolaños y la *Curia Philippica*”, *AHDE*, n. 77, 2007, pp. 77-93.

CORREA TELLES, J. H., *Digesto Portuguez ou Tratado dos Modos de adquirir a propriedade, de a gozar e administrar, e de a transferir por derradeira vontade, para servir de subsidio au novo Codigo Civil*, Coimbra, 1836 (t.3).

CRESPO MORA, M.C., “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el Derecho español y en el DCFR”, *NUE*, n. 320, 2011, pp. 45-58.

- “Notas sobre la regulación del contrato de servicios en el derecho español y en el DCFR”, en BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 577-590.

- “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *Indret* 2/2013.

CROISSANT, E., *Des atreintes*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1898.

CUENA BOY, F., *Rerum Natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

CUNCANNON, F., “The Case for specific performance as the primary remedy for Breach of contract in New Zealand”, *VUWLR*, 2004, pp. 657-685.

DAVID, R./JAUFFRET-SPINOSI, C., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero) 11.^a ed., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

DAWSON, J., "Specific performance in France and Germany", *Mich. L.R.*, n. 57, 1958-1959. pp. 495- 538.

DAZZA MARTÍNEZ, J. /RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R./ZORRILA RUIZ, M. "La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado", *ADC*, n. 38, 1985 (1) pp. 197-208.

DEAKIN, S., "The comparative evolution of the employment relationship", Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 317 (december 2005) [DEAKIN (2005)].

Disponible en: www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP317.pdf.

DE ASSO, I. J. /DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho Civil de Castilla*, 5.^a ed., Madrid, 1792.

- *Ordenamiento de Leyes que don Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348*, Madrid, 1774 (reimpresión en Valladolid, 1960). [Para las citas al *Ordenamiento de Alcalá*].

DE BARRÓN ARNICHES, P., "Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR", en BOSCH CAPDEVILA, E. (coord.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009, pp. 475-490.

- "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *Indret* 3/2008.
- "El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código Civil Español", *BMJ*, año 65, n. 2134, sept. 2011, pp. 1- 17.
- *El contrato de servicios y el nuevo Derecho contractual europeo*, Reus, Madrid, 2011.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

DECOCK, W. *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

Bibliografía

DE CRUZ, P. de., *Comparative Law in a Changing World*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, 1999.

DE DIEGO y GUTIÉRREZ, F. C., *Instituciones de Derecho Civil Español*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso De Cossio y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959 (t. 2).

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M.^a, “Civil law: la vigencia de una categoría convencional”, *ADC*, n. 65, 2012 (2) pp. 533-546.

DE FERRIERE, C.-J., *Dictionnaire de Droit et de pratique*, 3.^a ed., 1749.

DE GEEST, G., “Specific performance, Damages and Unforeseen Contingencies in the Draft Common Frame of reference”, en LAROCHE, P/CHIRICO, F. (eds.) *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within CoPECL*, Sellier, München, 2010, pp. 123-132.

DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, Madrid, 1790.

DE LA ROSA, E./OLARIU, O., “La aplicación de la Normativa común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *Indret* 1/2013.

DELVINCOURT, M., *Institutes de Droit Civil Français*, Paris, 1808.

DEL VISO, S., *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, Valencia, 1860 (parte 2, tratado 3).

DE MELO FREIRE, P. J., *Intituições de Direito Civil Português*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 166, Coimbra, 1967 (reedición del texto original de 1789).

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général. I. Sources des obligations*, Paris, 1925 (t. 5).

DE MONTMORENCY, J. E., “The Great Jurists of the World: Robert-Joseph Pothier and French Law”, *JSCL*, n. 13, 1914 (2), pp. 256-288.

DE ROSSI, M., “Historical and comparative notes on the first origin of specific performance”, *JR*, n. 48, 1936, pp. 129-146.

DE VILLADIEGO, A., *El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*, según el texto del Dr. Alonso de Villadiego, Madrid, 1841 (reimpresión en Valladolid, 2004) [Para las citas al *Fuero Juzgo*].

DE VRIES, G., "Right to specific performance: It's there a divergence between Civil-and Common-Law- systems and, If so, how has been bridged in the DCFR?", *ERPL*, 2009 (4), pp. 581-597.

D. F. C., *Compendio del Derecho Romano*, Barcelona, 1846.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., "Comentarios a los artículos 1583 a 1587", en BERCOVITZ, R., (coord.) *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Aranzadi, 2009, pp. 1833-1837.

DIESSE, F., "Les applications de l'article 1147 de Code civil de 1804 a 2004", *RGD*, n. 34, 2004, pp. 431-472.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "Artículo 24: garantías procesales" en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. 3, Edersa, Madrid, 1996, pp. 19-124.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Civitas, Madrid: t. II [(*Las relaciones obligatorias*) 6.ª ed., 2008] y t. IV [(*Las particulares relaciones obligatorias*) 1.ª ed., 2010].

- "La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos", *BMJ*, año 65, n. 2130, 2011 (abril).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, v. 2, t. 2 (*Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*), 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

DIMATTEO, L., "Common European Sales Law. A critique of its rationales, functions, and unanswered questions", *JITLP*, n. 11, 2012 (3) pp. 222-240.

DIMATTEO, L./DHOOGHE, L./GREENE, S./MAURER, V./PAGNATTARO, M. A., *International Sales Law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005.

DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le Droit Publique et Legum Delectus*, Paris, 1705.

DOMEJ, T./SCHMIDT, C., "Contract Formation and Non-performance in Swiss Law", en SCHULZE, R. (coord.) *The law of obligations in Europe. A new waves of codifications*, Sellier, München, 2013, pp. 275-317.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Incumplimiento y ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer", en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios*

Bibliografía

de derecho de obligaciones de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, La Ley, Madrid, 2006, pp. 557-586.

DONDORP, H., "Decreeing Specific Performance: a (Roman) Dutch Legacy", en VAN DER BERGH, R. /VAN NIEKERK, G. (editss.), *Libellus ad Thomasium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas, Fundamina (editio specialis)*, Unisa Press, Pretoria, 2010, pp. 40-51. [DONDORP (2010a)]

- "Partes secanto. Aulus Gellius and the Glossators", *RIDA*, t. 57, 2010, pp. 131-144 [DONDORP (2010b)].

- "Precise cogi. Enforcing Specific Performance in medieval legal scholarship" en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (edits.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 21-56 [DONDORP (2010c)].

- "Specific Performance: A historical perspective" en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (ed.), *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 265-285.

D'ORS Y PÉREZ-PEIX, Á., *Derecho privado romano*, 3.^a ed., Eunsa, Navarra, 1977.

DUFOUR, J. M., *Code Civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, Paris, 1806 (t. 3).

DU PLESSIS, P., "Between theory and practice: new perspectives on the roman law of letting and hiring", *CLJ*, n. 65, 2006 (2), p. 423-437. [DU PLESSIS (2006)].

- "Subletting and the Roman law of letting and hiring. Interpreting C.4.65.6", *RIDA*, n. 52, 2005, pp. 131-144.

- "The hereditability of locatio conductio", en CAIRNS, J/ DU PLESSIS (eds.), *Beyond Dogmatics - Law and Society in the Roman World*, Edimburg University Press, Edinburgh, 2007, pp. 139-153 [DU PLESSIS (2007)].

- "The roman concept of lex contractus," *RLT*, n. 3, 2006, pp. 79-94 [DU PLESSIS (2006 b)].

DURANTON, M., *Cours de Droit Civil suivant le code français*, 4.^a ed., Bruxelles, 1841 (t. 9).

- *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, Paris, 1819 (t. 1).

DUVERGIER, J. B, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Continuation de Toullier*, 5.^a ed., Paris, 1838 (t. 19).

EBERS, M., "La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002", *ADC*, n. 56, 2003 (4) pp. 1576-1608.

EHMANN, H./SUTSCHET, H., *La reforma del BGB: modernización del Derecho alemán de obligaciones* (trad. Carla López Díaz) Universidad del Externado de Colombia, 2006.

EIDENMÜLLER, H./FAUST, F./GRIGOLEIT, H.C./JANSEN, N./WAGNER, G./ZIMMERMANN, R., "The Common Frame of References for European Private Law, Policy Choices and Codification Problems", *OJLS*, v. 28, 2008 (4) pp. 659-708.

EL BOUZIDI, S., "Place et role de la main-d'oeuvre libre dans l'économie rurale á la fin de la République romaine", *Geriön*, n. 15, 1997, pp. 133-150.

ELÍAS, J. A./DE FERRATER, E., *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*, 2.^a ed., Barcelona, 1864.

ELLIOT, C./QUINN, F. *English Legal System*, 10.^a ed., Pearson/Longman, Essex, 2009.

ESCALER BASCOMPTE, R., "Diferentes interpretaciones. Preceptos LEC. Ámbito de la cuestión: ejecución condenas no dinerarias", *Justicia*, 2007 (3-4), pp. 183-185.

- "La ejecución de sentencias no dinerarias en sus propios términos: una muestra jurisprudencial de la confusión existente. Análisis del Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de septiembre de 2001", *Justicia*, 2004 (1-2), pp. 379-394.

- "Prevalencia del derecho a la ejecución en sus propios términos con respecto a los posibles límites en cuanto a la tipología de medidas ejecutivas y a la duración de la ejecución", *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 2008 (3-4) pp. 255-293.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., "El contrato de servicios", en PRATS ALBENTOSA, L. (coord. general), *Autonomía de la Voluntad en el Derecho privado. Estudios en*

Bibliografía

conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Consejo General del Notariado, Wolters Kluwer, 2012, t. III-1, pp. 603-659.

ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3.^a ed., Madrid, 1847 (pero también se han consultado las ediciones anteriores, y en tal caso, así se indica).

ESMEIN, P., “El fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle”, *RTDC*, 1933, pp. 627-692.

ESTEBAN DE LA ROSA, G./GÓMEZ VALENZUELA, E., “La acción de cumplimiento específico en la contratación internacional” en SÁNCHEZ LORENZO, S. (coord.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Navarra, 2013, pp. 1597-1644.

EVERS, W., “Towards a reformulation of the law of contracts”, *JLS*, v. 1, 1977 (1) pp. 3-13.

FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations. 1. Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, Paris, 2012.

FABRI, A. [o FAVRE, A.] *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Chouet, 1619.

FALCON Y OZCOIDI, M., *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral: según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*, Salamanca, 1878.

FARNSWORTH, E. A., “On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law”, *UPLR*, v. 46, 1984-1985, pp. 1-20.

- *Farnsworth on Contracts*, 3.^a ed, Aspen Publishers, 2010 (v. 3).

FAUST, F./WIESE, V., “Specific Performance - a german perspective”, en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 47-65.

FAUVARQUE-COSSON, B./MAZEAUD, D. (eds.), *European Private Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, München, 2008.

- “L'avant-projet français de réforme de droit des obligations et du droit de la prescription”, *ULR*, n. 11, 2006, pp. 103-134.

FENET, A., *Recueil complete des travaux preparatoires du Code civil*, t. 13: *Discussions, motifs, rapports et discours* (8), Paris, 1836.

FENOY PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

- "La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", *ADC*, n. 66, 2013 (2) pp. 717-836.
- "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión de Codificación. Parte primera. El incumplimiento", *ADC*, n. 63, 2010 (1) pp. 47-136.
- "La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento", *ADC*, n. 64, 2011 (4) pp. 1481-1684.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. Á., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Irgium, Madrid, 2001.

FERNANDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A., "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: ius romanum. ius commune. Common Law. Civil Law", *RGDR*, n. 10, 2008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Grandes directrices y principios informadores del Código civil. Estimación conjunta", en *El centenario del Código civil en el Tribunal Supremo*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1989, pp. 49-90.

FERRARI, F., "The CISG's sphere of application: Articles 1-3 and 10", en FERRARI, F./FLECHTNER, H./BRAND, R. (edits.) *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Sellier, München, 2004, pp. 21-95.

FERRER I RIBA, J., "Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte", Ponència a les XVIenes Jornades de Dret Català a Tossa, INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya (Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Girona, 2012, pp. 227-238.

Bibliografía

FISHER, H., *The German Legal System and Legal Language*, 4.^a ed., Routledge-Cavendish, 2009.

FIORI, R., *La definizione della «Locatio conductio»: Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Jovene, Napoles, 1999.

FLECHTNER, H., "Service Contracts in the United States (and from an Economic Perspective): A Comparative View of the DCFR's Service Contract Provisions and their Application to *Hawkins v McGee*", en ZIMMERMANN, R. (coord.), *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 149-166.

FONTAINE, M., "Content and Performance", *AJCL*, 1992, p. 645-655.

FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des résultat*, LGDJ, Paris, 1965.

FRY, E., *A treatise on the Specific Performance of Contracts*, 5.^a ed, London/Toronto/ Philadelphia, 1911.

FUENTESECA DEGENEFTE, M., "La *litis estimatio* desde la perspectiva del procedimiento formulario romano", *AFDUC*, v. 10, 2006, 403-412.

FULLER, L./PERDUE, W., "The reliance interest in contract damages", *YLJ*, v. 46, 1936, pp. 52-96 (parte 1) y pp. 373-420 (parte 2).

FURMSTON, M., *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, Oxford University Press, 15.^a ed., 2007.

GALÁN CORTÉS, J. C., "Sentencia de 20 de noviembre de 2009: Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la obligación del médico. Reacciones adversas a los medicamentos", *CCJC*, n. 83, 2010, pp. 1223-1235.

GALGANO, F., *Trattato di diritto civile*, 2.^a ed., 2010, Wolters Kluwer Italia-Cedam, Padova (v. 2).

GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios (especial estudio del derecho de desistimiento)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1889. Para las citas a las *Instituciones* [Inst.]; al *Código* [Cód.] y al *Digesto* [D.] de Justiniano.

GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*, 12.^a ed., Ediasa, Madrid, 2003.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, (t. 3)

GARCÍA MUÑOZ, O., *La responsabilidad civil de los arquitectos superiores y técnicos en la construcción de la obra privada*, 2.^a ed., Atelier, Barcelona, 2012.

GARCÍA PÉREZ, R., "Tres modelos de oposición por conversión en un diccionario histórico", *RFE*, n. 87, 2007 (2) p. 273-291.

GADREY, J., "Le service n'est pas un produit: quelques implications pour l'analyse économique et pour la gestion", *PMP*, v. 9. n. 1, 1991, pp. 1-24.

- "The characterization of goods and services: an alternative approach", *RIW*, Series 46, n. 3, September 2000, pp. 369-387.

GARRO, A./PERALES VISCASILLAS, P., "Opinión número 4: contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (art. 3 CISG)", *ADC*, n. 61, 2008 (3), pp. 1438-1465.

GIBERT, R., "El contrato de servicios en el Derecho medieval español", *RPS*, n. 101, 1974, pp. 5-134.

GIESEN, I./LOOS, M., "Liability for Defective Products and Services: The Netherlands", *EJCL*, v. 6, December 2002.

GILLES, D., "La doctrine comme source des codifications: Jean Domat", *SUBBI*, n. 4, 2009, p. 61-110.

GIRARD, P.F., *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4.^a ed., Paris, 1906.

GÓMEZ CALLE, E., "Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco común de referencia", *ADC*, n 65. 2012 (1) pp. 29-102.

GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Curso histórico exegético del derecho romano comparado con el español* (1.^a ed., Madrid, 1850); (3.^a ed., Madrid, 1863).

GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN, J. M., *Elementos del derecho civil y penal de España*, Madrid, 7.^a ed., Madrid, 1865, t. 2. También se ha utilizado, y en tal caso, así se indica: 1.^a ed., 1841, t. 2.

Bibliografía

GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dykinson, Madrid, 2004.

GÓMEZ POMAR, F., "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", *Indret*, 4/2001.

- "El incumplimiento contractual en Derecho Español", *Indret* 3/2007

- "Un nuevo código", *Indret* 2/2013 (editorial).

GÓMEZ POMAR, F./GILI SALDAÑA, M., "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *Indret* 1/2012.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. (coord.) *Contratos de servicios y de Obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, Universidad de Jaén, 1996.

GONZÁLEZ GARCÍA, M.^a Á., "Ejecución de condenas no dinerarias", *EJ*, 2000 (6) pp. 799-828.

GONZÁLEZ POVEDA, P. "Comentario de los artículos 1583-1587" en SIERRA GIL DE LA CUESTA I. (COORD.) *Comentario del Código Civil*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2006, t. 8, pp. 138-144 [GONZÁLEZ POVEDA (2006a)]-

- "Comentario de los artículos 1588-1600" en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, t. 8, Bosch, Barcelona, pp. 145-220. [GONZÁLEZ POVEDA (2006b)]

GREGORACI FERNÁNDEZ, B., "La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación", *RADP*, n. 23, 2009, pp. 253-266.

GRENIER, J., *Du louage d'ouvrage et d'industrie en droit romain et en droit français. Thèse pour le doctorat*, Faculté de Droit de Toulouse, Bergerac, 1874.

GRUNDMANN, S., "Germany and the Schuldrechtsmodernisierung 2002", *ERCL*, v. 1, 2005, pp. 129-147.

- "The Structure of the DCFR - Which Approach for Today's Contract Law?", *ERCL*, 2008, pp. 225-247.

GRUNDMANN, S./OCHMANN, F., "German Contract Law. Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung", *ERCL*, v. 3, 2007, pp. 450-467.

GUILLOUARD, L., *Traité du contrat de louage*, 2.^a ed., Paris, 1887.

GUARDIA DE SANZ, "La codificación civil de Páez", *Politeia*, 2006, v. 29, n.36, pp. 171-198.

GUTIÉRREZ, J. M., *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gomez*, Madrid, 1789.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Estudios fundamentales sobre Derecho Civil español, tratado de las obligaciones*, Madrid, 1869.

GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, 6.^a ed., Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

- *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2006.
- "La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas", *CAJ*, n. 2, 2005, pp. 27-60.
- "La promesa obligacional en las «partidas» como sede de la doctrina general de las obligaciones", *RChD*, n. 34, 2007 (3), pp. 395-404.
- "*Mos Italicus y mos Gallicus*", *RDPUCV*, n. 2, 1978, pp. 11-40.

HASS, D., "Searching for a Legal Basis of Specific Performance in the Dutch Civil Code" en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 167-180.

HASS, D./JANSEN, C. "Specific performance in Dutch Law" en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 11-29.

HALLEBEEK, J., "Direct Enforcement of Obligations to Do. Two local manifestations of the *Ius Commune*", en GUBBELS, M./JANSEN, C.J.H. (eds.), *Regio. Rechtshistorische opstellen aangeboden aan dr. P.P.J.L. van Peteghem*, Werken Gerard Noodt Instituut, Nijmegen, 2010, pp. 33-44. [HALLEBEEK (2010a)]

Bibliografía

- "Introduction", en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.), *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 1-8. [HALLEBEEK (2010b)]

- "Specific Performance in Obligations to Do according to Early Modern Spanish Doctrine" en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 57-79 [HALLEBEEK (2010c)]

HALLEBEEK, J./MERKEL, T., "Simon Groenewegen van der Made on the enforcement of *obligationes faciendi*", en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.), *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 81-96.

HAANEBRICK, P., *Code civil néerlandais*, Bruxelles/Paris, 1921.

HEIDEMANN, M., *Methodology of Uniform Contract Law. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2007.

HEINECCIO, J. G., *Elementos de Derecho Romano* (traducidos y anotados por J. A. S), Madrid, 1829.

HELDRIK, A./REHM, G. M., "Modernization of the German Law of Obligations: Harmonization of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code", en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp. 123-133.

HERMAN, S., "Specific Performance: A Comparative Analysis", *ELR*, n. 7, 2003, [primera parte (1), pp. 5-26; segunda parte (2), pp. 194-217].

HERNÁNDEZ DE LA RÚA, V., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1856.

- *Lecciones de Derecho español*, Madrid, 1838.

HESELER, F., "Le nouveau du contrat d'entreprise", *RIDC*, v. 54, 4-2002. pp. 1005-1012.

HESSELINK, M. W., "The European Commission's Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?", *ERPL*, 4-2004, pp. 397-419.

- "The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law", *T.L.R.*, v. 83, 2009, pp. 919-979.

HESELINK, M./RUTGERS, J./BUENO DÍAZ, O./SCOTTON, M./VELMAN, M., *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC)* Sellier European Law Publishers, München, 2006.

HILL, P., "On Goods and Services", *RIW*, v. 23, n. 4, 1977 (December) pp. 315-338.

- "Tangibles, intangibles and services: a new taxonomy for the classification of output", *CJE*, v. 32, n. 2, 1999 (April), p. 426-446.

HOEKMAN, B./STERN, R, "Evolving patterns of Trade and Investment in services", en HOOPER, P/RICHARDSON, D. (eds.), *International Economics Transactions*, The University of Chicago Press, 1991, pp. 237-284.

HOGG, M., *Promises and Contract Law. Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2011.

HOLMES, W. O., *The Common Law*, London, 1882.

- "The Path of the Law", *BULR*, v. 78, 1998, pp. 699-715 (originalmente publicado en *Harvard Law Review*, v. 10, 1897, p. 457 y ss.).

HONDIUS, E., "100 años del Código civil español, 150 años del Código civil holandés", en RICO PÉREZ, F., (coord.) *Centenario del Código civil*, v. 4, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1991, pp. 197-206.

HUBER, P., "Part 5: Remedies of the buyer", en HUBER, P./MULLIS, A., *CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier, München, 2007, pp. 179-327.

IBBETSON, D.J., "Fault and absolute liability in pre-modern contract law", *JLH*, v. 18, n. 2, 1997, pp. 1-31.

IGLESIAS BERLANGA, M., "Tema 4. Competencias", en SÁNCHEZ, V. M (dir.) *Derecho de la Unión Europea*, Huygens, Barcelona, 2010, pp. 29-38.

ILLMER, M., "Related Services in the Commission Proposal for a Common European Sales Law", *ERPL*, 2013(1) pp. 131-204.

INFANTE RUIZ, F., "Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución", *RDP*, n. 8, 2002, pp.153-172.

Bibliografía

- “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho privado europeo”, *Indret* 2/2008.

GARRO, A. (dir. de la versión española); Y RODRÍGUEZ OLMOS, M./PERALES VISCASILLAS, P. (colaboradores de la versión española), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, La Ley-Wolters Kluwer España, Madrid, 2012.

KASER, M., *Derecho romano privado* (versión de la 5.^a ed. alemana por José Santa Cruz Teijeiro), Reus, Madrid, 1968.

KIRCHNER, J./MITTELHAMM, E., “Chapter 4: Employee or Freelance Worker”, en KIRCHNER, J./KREMP, E./MAGOTSCH, M. (edits.), *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer, Heidelberg, 2010.

KOSKINEN, J., “CISG, Specific Performance and Finnish Law”, *Private law publication series* (Faculty of Law of the University of Turku) B:47 (1999).

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koskinen1.html>.

JANSEN, C., *Towards a European building contract law: defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law*, Schoordijk Instituut, Center for Liability Law, 1998.

- “Principles of European Law on Services Contracts: background, Genesis, and Drafting Method”, en ZIMMERMANN, R. (coord.) *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 43-57.

JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M., “La responsabilidad civil médico sanitaria en el ordenamiento jurídico español”, *RDPUCV*, n. 26, 2005, pp. 221-250.

- “La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de Obligaciones”, *RJUAM*, n. 19, 2009(1) pp. 155-179.

JIMÉNEZ HORWITZ, M., “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)”, *ADC*, n. 65, 2012 (2), pp. 551-584.

JORDANO FRAGA, F., “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español”, *ADC*, 1985, pp. 275-399.

- “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, *ADC*, n. 44, 1991 (1), p. 5-96.

JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, 3.^a ed., 1939 (t. 2), Sirey, Paris.

JUKIER, R., "Taking Specific Performance Seriously: Trumping Damages as the Presumptive Remedy for Breach of Contract", en ROACH, K./SHARPE, R. (ed.), *Taking remedies seriously*, Canadian Institute for the Administration of Justice, Montreal, 2010, pp. 85-118.

- "The emergente of specific performance as a major remedie in Quebec Law", *Revue de Barreau*, t. 47, n. 1, (enero-febrero), 1987, pp. 47-72.

KLASS, G., *Contract Law in the USA*, Kluwer Law International, 2010.

KRAJEWSKI, M, 'The New German Law of Obligations', *EBLR*, 2003, pp. 201-214.

KRONMAN, A. T., "Specific performance", *UCLR*, v. 45, 1978, pp. 351-382.

KUPELYANTS, H., "Specific performance in the Draft Common Frame of Reference", *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2012, pp. 15-45.

LABORDA Y GALINDO, P., *Código civil francés, traducido y anotado*, Madrid, 1850.

LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, v. 2 (*Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*), 4.^a ed., revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Dikynson, Madrid, 2009.

LAITHIER, Y.-M., "Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract", en COHEN, N./MCKENDRICK, E. (edits.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp. 103-122.

- "The Enforcement of Contractual Obligations: A french perspective", en CARTWRIGHT, J./VOGENAUER, S./WHITTAKER, S. (edits.), *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme de droit des obligations et de la prescription («the Avant-projet Catala»)*, Hart Publishing, 2009, pp. 123-140.

LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, 3.^a ed., Ariel, Barcelona, 1983.

LAMARCA MARQUÈS, A., (dir.) *Código civil Alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

- "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones" *Indret* 1/2002.

Bibliografía

- “La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB”, *Indret* 2/2001.

LANDO, H./ROSE, C., “On the enforcement of specific performance in Civil Law countries”, *IRLE*, n. 24, 2004, pp. 473-487.

LANDO, O./BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II, Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000 [LANDO/BEALE (eds.) *PECL*].

LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (eds.), *Principles of European Contract Law. Part. III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003 [LANDO *et al.*, *PECL III*].

LANGDELL, C., *A brief Survey of Equity Jurisdiction*, 2.^a ed., Cambridge (USA), 1908.

LARROUMET, C., *Droit Civil*, Economica, Paris, 1986, tome 3: *les obligations*, 1ere partie.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, 14. ed., Marcial Pons, 2011 (t. 3: *Contratos*).

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española IV: Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LAURENT, F., *Principles de droit civil français*, Paris/Bruxelles [t. 16 (1875)]; [t. 25 y 26 (1877)].

LEBOIS, A., “Les obligations de faire à caractère personnel”, *RDHC*, n. 3, 2011.

LEDESMA MARTÍNEZ, M.^a J., *Las obligaciones de hacer*, Comares, Granada, 1999.

LEHMANN, H./SUTSCHET, H., *La reforma del BGB, modernización del derecho alemán de obligaciones*, trad. Claudia López Díaz y Ute Salach de Sánchez, Universidad del Externado de Colombia, 2007.

LESAFFER, R., “The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law”, *JHIL*, n. 2, 2000 (2) pp. 178-198.

LILLEHOLT, K./MIKELSEN, A. B., “The DCFR rules on Unespected difficulties in Performance”, *ERPL*, 4-2009, pp. 573-580.

LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la estimatio rei y el id quod interest*, Trivium, Madrid, 1999.

LOBATO GÓMEZ, J. M., "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado", *ADC*, n. 45, 1992 (2) pp. 651-734.

- "El incumplimiento del contrato", en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J./CABALLERO, J., *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2003, t. 2, pp. 371-392.

LOOS, M., "Right to performance" [Chapter 9. Section 1], en BUSCH, D./HONDIUS, E.H./VAN KOOTEN, H./SCHELHASS, H.N./SCHARAMA, W. (eds.) *The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A commentary*, Ars Aequi Libri/Kluwer Law international, Nijmegen/The Hague/London/New York, 2002, pp. 347-358.

- "Services Contracts", en HARTKAMP, A *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed., Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, 2004, pp. 571-582.
- "Service Contracts" (January, 2010), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1542506>.
- "Towards a European Law of Service contracts", *ERPL*, 4, 2001, pp. 565-574.

LOOS, M./BUENO DÍAZ, O., *Principles of European Law: Mandate contracts (PEL MC)* Sellier/Oxford University Press, München/Oxford, 2013.

LORENZ, S., "La responsabilité contractuelle dans l'avant-projet: un point de vue allemand", *RDC*, 2007 (1) pp. 57-63.

LORENZ, W., "Reform of the German Law of Breach of Contract", *ELR*, 1997, v. 1, pp. 317-344.

MACDONELL, J., "Classification of forms and contracts of labour", *JSCL*, v. 5, 1904 (2), 1904, pp. 253-261.

MACGREGOR, L., "Report on the Draft Common Frame of Reference: a report prepared for the Scottish Government by Laura Macgregor, University of Edinburgh, on the document known as Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law", 26/09/08. Disponible en:

Bibliografía

<http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/262952/0078639.pdf>.

MCCORMICK, C., "The Fusion of Law and Equity in United States Courts", *NCLR*, v. 6, 1928 (3), pp. 283-298.

MACKELDEY, F., *Elementos del Derecho Romano*, 2.^a ed., Madrid, 1846.

MAGNUS, U., "Article 28", en FERRARI, F./FLECHTNER, H./BRAND, R. (eds.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond. Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Sellier, München, 2004, p. 610.

MAGRO SERVET, V. (coord.) *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, 4.^a ed., La Ley, Madrid, 2010.

MAITLAND, F.W., *The Forms of action at Common Law. A Course of Lectures*, 1909 (reimpresión por Cambridge University Press, UK, 1997, editado por CHAYTOR, A. H./ WHITTAKER, W. J.).

MAITLAND, F.W./MONTAGUE, F., *A sketch of English Legal history*, New York, 1915.

MAK, V., "Specific performance in English Consumer Sales Law", en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 121-129.

MÁLABAT, V., "De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat", en *Études à la mémoire de Christian lapoyade-Deschamps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, p. 439- 455.

MALAURIE, Ph./AYNES, L./STOFFEL-MUNCK, Ph., *Les obligations*, 5.^a ed., Defrenois, Paris, 2011.

MANGIAMELI, S., "La liberalización de los Servicios en la Unión Europea", (traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro), *ReDCE*, n. 8, Julio-Diciembre 2007, pp. 75-93.

MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español por D. José Maria Manresa y Navarro con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, Madrid, t. 8 [(1907; 2.^a ed.)] y t. 10 [(1905; 1.^a ed.; pero también se ha consultado la 6.^a ed., revisada por D. J. M.^a Bloch, Reus, Madrid, 1969, t. 10, v. 2, y en su caso, así se indica].

MANRESA Y NAVARRO, J. M.^a/REUS Y GARCÍA, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Madrid, 1869.

MANRIQUE DE LARA MORALES, J., “La ejecución forzosa de la obligación de hacer infungible”, *ADC*, n. 54, 2001 (3) pp. 1165-1224.

MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Civil*, Paris, t. 4 [8.^a ed. (1884-1894)] y t. 6 [7.^a ed. (1875)].

MARCÍN Balsa, F., “Notas para el estudio del Derecho de los contratos en el Derecho común del medioevo, con especial atención a la tradición romano-castellana”, *RMHD*, n. 23, 2011 (1) pp. 191-208.

MARGADANT, G., *La segunda vida del Derecho romano*, Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1986.

MARÍN VELARDE, A., “Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad médica curativa y/o asistencial”, en LLEDÓ YAGÜE, F./MORILLAS CUEVA, L. (dirs.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional. El contenido reparador del consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 53-66.

MARKESINIS, B./UNBERTAH, H. /JOHNSTON, A. *The german law of contract. A comparative treatise*, 2.^a ed., Hart Publishing, 2006.

MARSAL GUILLAMET, J./LAUROBA LACASA, M.^a E., “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en un futuro derecho europeo de contratos: cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”, en CABANILLAS, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 2002, v. 2, pp. 2455-2470.

MARTÍ, R., *Tratado elemental del Derecho civil romano y español*, Barcelona, 1838.

MARTIN, S., “*Imperitia*: the responsibility of skilled workers in classical roman law”, *AJPh*, v. 122, 2001 (1) pp. 107-129.

- “The case of the collapsing watercourse: Builder’s responsibility for damage in classical roman law”, *LHR*, v. 4, n. 2, 1986, pp. 423-437.

Bibliografía

MARTÍN PÉREZ, A., “Comentario del artículo 1098”, en ALBADALEJO, M. (dir.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978, t. 15, v. 1, pp. 326-341.

MARTÍN SANTISTEBAN, S., “Responsabilidad en el contrato de depósito, su génesis histórica”, *ADC*, 2004, pp. 133-178.

MARTÍN VALVERDE, A., “Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMT*, n. 38, 2002, pp. 21-50.

- “Fronteras y «zonas grises» del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)”, *RMT*, n. 83, 2009 pp. 15-40.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.) *Curso de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*, La Ley, Madrid, 2010.

MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y sus principales cuerpos legales*, Madrid, 1808.

- *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

MARTÍNEZ VELA, J. A., “Breves reflexiones sobre la *merces* en el contrato de *locatio conductio*”, *RGDR*, n. 14, 2010.

MARTON, G., “Obligations de résultat et obligations de moyens”, *RTDC*, 1935, pp. 499-543.

MAUGERI, M., “Is the DCFR ready to be adopted as an Optional Instrument?”, *ERCL*, 2/2011, pp. 219-228.

MAXTON, J., “Some effects on the intermingling of Common Law and equity”, *Cant. L.R.*, v. 5, 1993, pp. 299-311.

MAY, G., *Éléments de Droit romain*, Paris, 1890.

MAZEAUD, H., “Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence”, *RTDC*, 1936, pp. 1-58

MAZEAUD, D. “La réforme du droit français des contrats”, *RJT*, n. 44, 2010, pp. 243-257.

MAZEAUD, D./SAUPHONOR-BROUILLARD, N., "Art. 85" en SCHULZE, R. (edit.) *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 389-392.

MCEachern, W., *Economics: A Contemporary Introduction*, 9.^a ed., South-Western Cengage Learning, Mason, USA, 2012.

MELI, M., "The Common Frame of Reference and the Relationship between National Law and European Law", *ERCL*, 2/2011, p. 229-234.

MELÓN INFANTE, C., *Código civil alemán (BGB). Traducción directa del alemán al castellano, acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Bosch, Barcelona, 1955 [publicado como apéndice de ENNECCERUS, L./KIPP, T./WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1955].

MENGONI, L., "Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»", *Riv. dir. comm.*, 1954, pp. 185-209 (Parte I), pp. 280-320 (Partes II y III) y pp. 366-396 (Partes IV y V).

MESTRE, J., "Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat", *RDHC*, n. 3, 2011.

METRO, A., "El depósito retribuido desde el Derecho romano hasta los modernos códigos", *RGDR*, n. 10, 2008.

MICHON, L., *Droit romain: du louage d'ouvrage, locatio conductio operis faciendi. Droit français: des enquêtes parlementaires, étude de Législation comparée*. Thèse pour le doctorat, Paris, 1890.

MICKLITZ, H. W. "Regulatory strategies on services contracts in EC law", en CAFFAGI, F./MUIR WATT, H. (eds.) *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2009, pp. 16-61.

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992 [MIQUEL, *Derecho Privado Romano*]

MILLER, L., "The Enforcement of Contractual Obligations: Comparative Observations on the Notion of Performance", en CARTWRIGHT, J./VOGENAUER, S./WHITTAKER, S. (eds.), *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription ("the Avant-projet Catala")*, Hart Publishing, 2009, pp. 141-165.

Bibliografía

MIRON DE L'ESPINAY, A., *Du louage d'ouvrage et industrie en droit romain. Des Entreprises sur devis et marchés en droit français* (Thèse pour le doctorat), Paris, 1873.

MISTELIS, L., "Article 1", en KROLL, S./MISTELIS, L./PERALES VISCASILLAS, P. (eds.) *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford (UK) y Portland (USA), 2011, pp. 21-38.

MISTELIS, L./RAYMOND, A., "Article 3", en KROLL, S./MISTELIS, L./PERALES VISCASILLAS, P. (eds.) *UN Convention on Contracts for the international Sale of Goods (CISG)*, C. H. Beck/Hart/Nomos, München, Oxford (UK) y Portland (USA), 2011, pp. 53-61

MOLINARO, G., "Old issues and new trends in enforcing orders of specific performance in Italy" (12 de Marzo de 2013).

- Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2231970>.

MOMBERG URIBE, R., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, Intersentia, Antwerp (Bélgica), 2011.

- "Change of Circumstances in International Instruments of Contract Law: The approach of the CISG, PICC, PECL and DCFR", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, n. 15, 2011(2) pp. 233-266.

MONAHAN, G., *Essential Contract Law*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, Australia, 2001.

MONTERO AROCA, J., "Problemas generales de la ejecución forzosa", en MORENO CATENA, V. (dir.) *La ejecución civil*, Estudios de Derecho Judicial (Consejo General del Poder judicial), n. 53, 2004, pp. 26-83.

MONTERO AROCA, J./FLORS MATÍES, J., *Tratado de Proceso de ejecución civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

MORALES MORENO, A. M., "Claves de la modernización del Derecho de Contratos", en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. III-1, Wolters Kluwer, 2012, pp. 318-430.

- "¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo", en ALBIEZ,

K. (dir); PALAZÓN, M.^a L./MÉNDEZ, M.^a. (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 400-422.

- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.

- *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson-Civitas Aranzadi, Navarra, 2006.

MORENO CATENA, V., "Algunos problema de la ejecución forzosa", *AFDUAM*, n. 5, 2001, pp. 187-200.

- *La ejecución forzosa* [t. 4 de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V. (coords.) *La nueva Ley de enjuiciamiento civil*], Tecnos, Madrid, 2000.

MORENO QUESADA, B., "Problemática de las obligaciones de hacer", *RDP*, n. 60, 1976, pp. 470-502.

MORINEAU, M., *Una introducción al Common Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MÖSLEIN, F., "Legal Innovation in European Contract Law: Within and Beyond the (Draft) Common Frame of Reference", *EUI Working Paper RSCAS*, 2009/07

Disponible: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/10687>

SIN AUTOR: *Motifs et Discours prononcés lors de la publication du Code Civil par les diverse orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal*, Paris, 1838.

MOUSURAKIS, G., *A legal History of Rome*, Routledge, London/New York, 2007.

MULCAHY, L., *Contract Law in perspective*, 5 ed., Cavendish Publishing, 2008.

MULHERON, R., "New Forays of Equitable Remedies into Commercial "Personal Service" Contracts", *NLR*, v. 4, 1999-2000, pp. 32-45.

MULLER-GRAFF, P-C., "EC Directives as a Means of Private Law Unification", en HARTKAMP, A. et al. (edits.) *Towards a European Civil Code*, 4.^a ed., Ars Aequi Libri/Kluwer Law International, 2011, pp. 149-183.

Bibliografía

MUÑOZ, E., *Modern law of contracts and sales in latin america, spain and portugal*, Eleven International Publishing, The Hague, 2011.

MUÑOZ GARCÍA, C., “Particularidades del desistimiento en el contrato de obra inmobiliaria. Derecho civil y derecho administrativo”, *Diario La Ley*, n. 6814, año 28 (6.11.2007), ref. D-235, pp. 1010- 1020.

MUSGRAVE, T., “Comparative Contractual remedies”, *UWALR*, n. 34, 2009, p 300-372.

NANCLARES VALLE, J., “Capítulo 5. Libro III. Obligaciones y derechos” en VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 163-217.

NAVARRO, R./DE LARA, R. J./DE ZAFRA, J. Á., *Curso Completo elemental del Derecho Romano*, Madrid, 1842.

NIELSEN, R, *Contract law in Denmark*, Wolters Kluwer, 2011.

NIMMER, R., “Services Contracts: The forgotten sector of Commercial Law”, *LLAR*, v. 26, 1993, pp. 725-742.

OGUS, A., “The regulation of services and the public-private divide”, en CAFFAGI, F./ MUIR WATT, H. (edits.), *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2009, pp. 3-15.

LANDO, O./BEALE, H. (edits.) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague, 2000.

LANDO, O./CLIVE, E./PRÜM, A./ZIMMERMANN, R. (edits.) *Principles of European Contract Law. Part. III. Prepared by the Commission on European Contract Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

OECD, “The Service Economy” (2000).

Disponible: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/33/2090561.pdf>

OLIVIER-MARTIN, F, “Des divisions du Louage en Droit Romain”, *RHDFE*, 1936, pp. 419-475.

OOSTERHUIS, J., “Industrialization and Specific Performance in the German Territories during the 19th Century” en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (edits.) *The*

right to Specific Performance. The Historical Development, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 97-133.

- *Specific performance in German, French and Dutch Law in the nineteenth century: remedies in an age of fundamental rights and industrialization*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado Romano*, 2.^a ed., Ediciones del Genal, Málaga, 2007.

ORTEGA DÍAZ, J. F., "Hacia un concepto clarificador de servicio. El contrato de servicios como tipo contractual general", *RCDI*, n. 705, 2008, pp. 221-268.

ORTEGA DOMÉNECH, J., *El contrato de obra en la jurisprudencia*, editorial Reus, Madrid, 2007.

ORTELLS RAMOS, M., *La ejecución de las condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005.

- "La ejecución forzosa civil. Tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo", *RDUM*, n. 22, 2013, pp. 109-125.
- "¿Multas o astringencias?: una indefinición de la nueva ejecución forzosa", *RIPJ*, n. 13, 2004.
- "Propuesta de reforma y mejora de la ejecución no dineraria en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000", *RXG*, n. 59, 2008, pp. 29-58.

ORTIZ PRADILLO, J./ PÉREZ RAGONE, Á. (trad.) *Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin/Montevideo, 2006.

ORTOLAN, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano* (traducido de la tercera edición por Pérez de Anaya), Madrid, 1847.

OSTERLING PARODI, F., *Las obligaciones*, 8.^a ed., Editorial jurídica Grijley, Lima, 2007.

UGHTON, D./DAVIS, M., *Sourcebook on Contract Law*, 2.^a ed., Cavendish Publishing, 2000.

OZCÁRIZ MARCO, F., *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guarda*, Bosch, Barcelona, 1997.

Bibliografía

PACHECO, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico a las leyes de Toro*, Madrid, 1862.

PACHECO CABALLERO, F., "La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas", *RDP*, n. 74, 1990 (9) pp. 655-670.

PANTALEÓN PRIETO, F., "El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)", *ADC*, n. 44, 1991, pp. 1019-1091.

- "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *ADC*, n. 46, 1993, pp. 1719-1746.

PARDO IRANZO, V., *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant Lo Blanch, 2001.

PARTRIDGE, E., *Origins: A Short Etymological Dictionary of Modern English*, Routledge, 5.^a ed, 1977.

PENDÓN MELÉNDEZ, M. Á., en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Nociones de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 173-191.

PERALES VISCASILLAS, P., "Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa desde y antes de la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de Mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo", *CJ*, n. 3, 2003, pp. 7-33.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.^a P., "La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo", *RJUAM*, n. 14, 2006, pp. 201-248.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. "Los contratos de obra. El depósito mercantil. El transporte", en MENÉNDEZ, A. (coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 4.^a ed., Thompson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 597-624.

PÉREZ DEL BLANCO, G., "La incorporación de la técnica de la *astreinte* al proceso civil español: las multas coercitivas en la ley de enjuiciamiento civil", *CEFLegal*, n. 46, 2004 (9) pp. 39-64.

PÉREZ RAGONE, A., "'Writ' y 'Actio' en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval", *REHJ-PUCV*, n. 29, 2007, pp. 333-356.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, F. J., "El nuevo (proyecto de) código civil y comercial de Argentina y la unificación del derecho de obligaciones y contratos", *REFDUG* (08/2012).

PETIT, E., *Traité élémentaire de Droit romain*, 4.^a ed., Paris, 1903.

PETTIT, Ph., *Equity and the Law of Trusts*, 12.^a ed., Oxford University Press, 2012.

PHILLIMORE, J. G., *Private Law among the romans from the pandects*, Londres, 1863.

PICOD, Y., “Les projets français sur la reforme du droit des obligations”, *Indret* 2/2009.

PINNA PARPAGLIA, P., *Vitia ex ipsa re: aspetti della locazione in diritto romano*, Giuffrè, Milán, 1983,.

PINTO RUIZ, J., “Estudio sobre el artículo 1124 del Código civil”, *ARAJL*, n. 41, 2011, pp. 259-562.

PLANCQUEEL, A., “Obligations de moyens, obligations de résultat (essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d’inexécution)”, *RTDC*, 1972, pp. 334-340.

PLUCKNETT, T., *A Concise History of the Common Law*, 5.^a ed., The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001 (reimpresión de la 5.^a ed. originalmente publicada por Little, Brown and Co., Boston, 1956).

PÓKECZ KOVÁCS, A., “Quelques observations sur la division de la locatio conductio”, *SIA*, 2001, pp. 217-230.

PONGELLI, G., “The Proposal for a regulation on a Common European Sales Law (CESL) ant its gradual evolution”, *Comp. L.R.*, n. 4, 2013(1).

POTHIER, R. J., *Pandectes de Jústinién mises dans un nouvel ordre* (trad. al francés de M. de Bréard – Neuville), Paris, 1821 (t. 7).

- *Traité des obligations* (nouvelle edition), Paris/Orleans, 1764 [POTHIER, *Traité des obligations*]; y además, se ha utilizado la versión traducida *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1993, en cuyo caso así se indica.

- *Traité du contrat de louage*, Paris/Orleans, 1764.

PUIG, P., “Les techniques de préservation de l'exécution en nature”, *RDHC*, n. 3, 2011.

Bibliografía

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 2, v. 2 (*Contratos en particular*), 2.^a ed., Bosch, Barcelona.

PULIATTI, S., “Custodiam praestare. Para una definición de los límites de la responsabilidad por custodia en el derecho romano”, *RGDR*, n. 13, 2009.

RAMS ALBESA, J., “Ejecución de ciertas obligaciones contractuales”, en VATTIER, C./DE LA CUESTA, J./CABALLERO, J. (coords.) *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Dykinson, Madrid, 2003, t. 2, pp. 353-369.

RAZZOLINI, O., “The need to go beyond the contract: “Economic” and “bureaucratic” dependence in personal work relations”, *CLL&PJ*, v. 31, 2009-2010, pp. 267-304.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Fuero Real del rey don Alonso el Sabio, copiado del código del Escorial*, por la Real Academia de la Historia, Madrid, 1836 (reimpresión en edición facsimilar Valladolid, 1979) [para las citas al *Fuero real*].

REICH, N., “An optional Sales Law Instrument for European Businesses and Consumers? en MICKLITZ, H.W./REICH, N., *The Commision proposal for a Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too broad or not broad enough?*, European University Institute, Italia, 2012.

Disponible en <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/20485>.

RIBALTA HARO, J., “La formación de la tripartición locativa: desde el Derecho Romano hasta la codificación civil”, en VAQUER, A./BOSCH, E./SÁNCHEZ, M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. 2, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 1095-1135.

RICHARDS, P., *Law of contract*, 9.^a ed., Pearson/Longman, Essex, 2009.

RIFKIN, J., *The age of access. The new culture of hipercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, J. P. Tarcher/Putnam, New York, 2000. También se ha utilizado la edición en español: *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Paidós, Barcelona, 2002.

ROBAYE, R., “Le foulon et le bijoutier à Rome: les risques du métier”, *RBPhH*, n. 69, 1991 (1), pp. 131-136.

ROCA TRÍAS, E., "El Study Group on a European Civil Code - Proyecto von Bar", en CÁMARA LAPUENTE, S., (ed.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 199-204.

- "El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos", *BMJ*, año 65, n. 2132.

ROCHFELD, J. "La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne", en SCHULZE, R. (edit.) *New Features in contract law*, Selier, 2007, pp. 197-211.

RODRÍGUEZ, J. M.³, *Elementos de Derecho civil, penal y mercantil de España*, t. 1, Madrid, 1861.

RODRÍGUEZ ENNES, L., "El singular renacimiento de la autonomía de la voluntad y la locatio conductio operarum et operis como consecuencia de la presente depresión económica", *RDPUCV*, n. 32, 2009, pp. 183-208.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., "El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales", *ADC*, n. 54, 2001(2), pp. 681-751.

RODRÍGUEZ MORATA, F., "Comentario del artículo 1588", en BERCOVITZ, R. (coord.) *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Aranzadi, 2009, pp. 1837-1846.

ROMERO, L., "Specific performance of contracts in comparative law: some preliminary observations", *LCdD*, v. 27, 1986 (4) pp. 785-811.

ROSELLI, F., "Art. 2931. Esecuzione forzata degli obblighi di fare", en RUPERTO, C. (dir.) *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro VI: Della tutela dei diritti* (a cura di Roselli, F.), Giufre Editore, Milano, 2011, pp. 268-273.

ROTT, P., 'German Sales Law. Two Years After the Implementation of Directive 1999/44/EC', *GLJ*, 2004, 5, pp. 237-255.

ROWAN, S. "Le coût manifestement déraisonnable, nouvelle limite à l'exécution forcée en nature", *RDA*, n. 1, 2010, pp. 81-84.

ROZO SORDINI, P., "Las obligaciones de medio y de resultado y la responsabilidad de los médicos y abogados en el derecho italiano", *RDPUEC*, n. 4, 1998, p. 139-149.

Bibliografía

SALA, J., *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803 (t. 1).

SALETTI, A., "L'esecuzione processuale indiretta nell a riforma del «Codice di procedura civile» italiano dal 2009", *RDPUCV*, n. 34, 2010, pp. 505-520.

SALVADOR CODERCH, P., "Comentarios a los artículos 1588-1600" (Sección segunda.- De las obras por ajuste o precio alzado), en PAZ-ARES *et. al* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1175-1212.

- "Alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *BMJ*, año 65, n. 2130, 2011 (abril)].

SAMPER POLO, F., *Instituciones jurídicas de Gayo, texto y traducción*, Editorial Jurídica de las Américas, México D. F., 2009 [para las citas a GAYO].

SAMUEL, G., "Classification of contracts: A view from a common lawyer", en ANDRÉS SANTOS, F. J./BALDUS, Ch./DEDEK, H., *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, Sellier, München, 2011, pp. 117-152.

- *Law of Obligations and legal remedies*, 2.ª ed., Cavendish Publishing, 2001.

SAMUELSON, P./NORDHAUS, W., *Economía*, 17.ª ed., McGraw-Hill/ Interamericana de España, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ CASTRO, J. D., "El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?", *ADC*, n. 63, 2010 (4) pp. 1725-1787.

SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J., *El derecho civil español, en forma de código*, Madrid, 1871.

SÁNCHEZ RIVERA, P. "La ejecución no pecuniaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), *EJ*, 2000 (6) pp. 773-798.

- "Las indemnizaciones coercitivas", *Diario La Ley*, n. 7919, Sección Doctrina, ref. 8236/2012.

SAN MIGUEL PRADERA, L., "La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea", *ADC*, n. 55, 2002(3) pp. 1115-1132.

- “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *ADC*, 2011(4) pp. 1685-1724.

SANPONTS Y BARBA, I. *et al.*, *Las siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el IX con las variantes de más interés y con la glosa del lic. Gregorio López*, , Barcelona, 1843 [para las citas a *Las Partidas*; pero también se ha utilizado: BERNI Y CATALÁ, J., *Las siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el sabio, glossadas por el Sr. D. Gregorio López* (con indicación en el título de que se reimprime la glosa del Sr. López por el tenor de la edición de salamanca del año 1555), Valencia, 1767, caso en el cual, así se indica].

SANTOS BRIZ, J., “Comentario del artículo 1098”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.) *Comentario del Código Civil*, Bosch, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, t. 6, pp. 123-128.

SASTRE IBARRECHE, R., “Comentario de los artículos 1583-1587” en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, pp. 1726- 1732.

SCAEVOLA, Q. M., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1893-1915, t. 19 y t. 24.

SCALISE, R., “Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *AJCL*, n. 55, 2007, pp. 721-766.

SCHAUER, M., “Contract Law of the Services Directive”, *ERCL*, v. 4, n. 1, 2008, pp. 1-14.

SCHLECHTRIEM, P., ‘The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe’, 2002, *Oxford U Comparative L Forum* 2 [disponible en ouclfiuscomp.org].

SCHMIDT-KESSEL, M., “Remedies for breach of contract in European Private Law -Principles of European Contract Law, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference”, en SCHULZE, R. (edit.), *New Features in Contract Law*, Sellier, München, 2007, pp. 183-196.

- “The right to Specific performance under the DCFR”, WAGNER, G. (edit.) *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Sellier, München, 2009 p. 69-86.

SCHULTE-NÖLKE, H., “Art 3” en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp 92-94.

Bibliografía

SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1969.

SCHULZE, R./ALBIEZ, K. J., "Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España", *ADC*, t. 65 2012 (2), pp. 547-550.

SCHÜTZE, R., *An introduction to European Law*, Cambridge University press, 2012.

SCHWARTZ, A., "The Case for Specific Performance", *YLJ*, v. 89, 1979-1980, pp. 271-307.

SCHWENZER, I., "Specific performance and damages according to the 1994 Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *EJLR*, n. 1, 1999, pp. 289-303.

SEMPERE Y GUARINOS, J., *Historia del Derecho Español*, 1822, Madrid.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La relación de servicios del abogado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

SHAVELL, S., "Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", *Tex.L.R.*, v. 84, n. 4, 2006, pp. 831-876.

SILVA SÁNCHEZ, A., "En torno al *ordo iudiciorum privatorum*", *AFDUE*, n. 12-13, 1994-1995, pp. 477-504.

SILVER, M., *Economic Structures of Antiquity*, Greenwood Publishing Group, 1995.

SLAPPER, G., *How the Law works*, 2.^a ed., Routledge, UK, 2011.

SMITH, L., "Understanding Specific Performance", en COHEN, N./ MCKENDRICK, E.(eds.) *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, 2005, pp. 221-233.

SMITH, S./ATYIAH, P. S., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 6.^a ed., Oxford University Press, 2005.

SMITS, J., "The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice", *Maastricht European Private Law Institute working paper* n. 2012/11 (april).

SOLCHAGA LOITEGUI, "Derecho a la tutela judicial efectiva y ejecución singular civil"; *CDJ*, n. 10, 1992 (*Ejecución de sentencias civiles*) pp. 13-46.

SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras y servicios (perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- *Los contratos de servicios y de ejecución de obras, delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SOMETING, E. F., *Introductio in Universum Jus, Seriem IV. Librorum & Titulorum institutionum imperialium*, Salisburgi, 1698.

STACK, R., "A revided remedy: Trends and Tendencies in the Law of specific performance, since *Semelhago v. Paramadevan*", *APCLaR*, n. 6, 2000, pp. 60-73.

STARCK, B., "Domaine et fondement de la responsabilité sans faute", *RTDC*, 1958, pp. 475-515.

STOCKWELL, N./EDWARDS, R., *Trusts and Equity*, 7.^a ed., Pearson/Longman, Essex, 2005.

STONE, R., *Modern Contract Law*, 5.^a ed., Cavendish Publishing, 2001.

STOOP, B. C., "*Non solet locatio dominium mutare*. Some remarks on specificatio in classical roman law", *TVR*, 3, 1998, pp. 3-24.

TANNENBAUM, D., "Enforcement of Personal Service Contracts in the Entertainment Industry", *CLR*, v. 42, 1954 (1) pp. 18-27.

THÉZARD, L., *De la influence des travaux de Pothier et du Chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Paris, 1866.

THOMAS, H., *The Norman Conquest: England After William the Conqueror*, Rowman and Littlefield Publishers, Maryland, USA, 2008.

TJONG TJING TAI, T.F.E., "Service Contracts in the Dutch Civil Code" en ZIMMERMANN, R. (coord.), *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 167 – 180. [TJONG TJING TAI (2010)]

- "Services as Product: Commodification of Contracts in European Private Law" (October 24, 2010). *TISCO Working Paper on Banking, Finance and Services*, n. 7/2010. Disponible online en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1701194> [TJONG (2010b)].

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del derecho Español*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2001.

Bibliografía

TORRENT, A., “La polémica sobre la tricotomía «res», «operae», «opus» y los orígenes de la «locatio-conductio»”, *TSDP*, n. 4, 2011.

TORRES LANA, J. Á., “Comentarios de los art. 1583-1587” en PAZ-ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1170-1174.

TORSELLO, M., “Remedies for breach of contract”, en SMITS, J. M. (edit.) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 610-629.

TORRUBIA CHALMETA, B., “Capítulo 10. Libro IV. E. Agencia comercial, Franquicia y Distribución”, en VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 319-365.

TOURAINE, A., *The post-industrial society. Tomorrow's Social History: Classes, Conflicts and Culture in the programmed society*, translated by L. Mayhew, Random House, New York, 1971.

TREITEL, G., “Remedies for a Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)”, en Von MEHREN, A. (edit.) *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general* [v. 7, cap. 16], JCB Mohr (Siebeck), Tübingen, The Hague/Paris, 1976.

- *The Law of Contract*, 11.^a ed., Sweet and Maxwell (Thompson), 2003.

TRIGO GARCÍA, M.^a B., *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

TROPLONG, M., *Le Droit Civil Expliqué suivant l'ordre des articles du Code. De l'échange et de louage*, Bruxelles, 1841.

TUNC, A., “La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence”, *JCP*, 1945 (1).

TURNER, Ch., *Contract Law*, 2.^a ed., Hodder Education, UK, 2007.

TURPIN, W., “Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem”, *RIDA*, n. 46, 1999, pp. 499-574.

TWIGG-FLESNER, C., *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge-Cavendish, London/New York, 2008.

URUBURU COLSA, J. M., *La vida jurídica en Madrid a fines de la Edad Media*, Dykinson, Madrid, 2006.

VAN CAENEGEM, R. C., *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.

- *European Law in the past and the future, Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001
- *The Birth of the English Common Law*, 2.^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

VAN KOGELBERG, M., "Article III:302 DCFR on the Right to Enforced Performance of Non-monetary Obligations: An Improvement –Albeit Imperfect– Compared with Article 9:102 PECL", *ERPL*, 4-2009, pp. 599-617.

VAQUER ALOY, A., "Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual general", en CÁMARA LAPUENTE, S./ARROYO I AMAYUELAS, E. (dirs.) *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas, Pamplona, 2012, pp. 421-456 [VAQUER ALOY (2012)].

- "El Marco Común de Referencia", en BOSCH CAPDEVILLA, E. (dir.) *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectiva*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *ADC*, n. 64 2011(1), pp. 5-39.
- "La responsabilidad civil de los profesionales frente al Derecho contractual Europeo", en DE BARRÓN ARNICHES, P. (dir.) *Ejercicio de las Profesiones liberales y responsabilidad civil*, Comares, Granada, 2012, pp. 1-26 [VAQUER ALOY (2012b)].
- "Spain: Modernising Performance and Non-performance" en SCHULZE, R./ZOLL, F. (eds.) *The Law of Obligations in Europe. A New Wave of Codifications*, Sellier, München, 2013, pp. 431-458.

VAQUER. A./BOSCH, E./SÁNCHEZ, M. P (coords.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. 2, Atelier, Barcelona, 2012.

VAQUERO PINTO, M.^a J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Comares, Granada, 2005.

Bibliografía

VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Capítulo 8. Libro IV. C. Servicios", en EL MISMO (coord.) *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 255-291.

- "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión europea, lastrado por la protección al consumidor", *CDT*, v. 5, 2013 (1), pp. 199-216.

VATTIER FUENZALIDA, C., "El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado", en BUERES, A. et al. (coord.) *Responsabilidad por daños en el tercer milenio: homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini: teoría general del derecho de daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva*, Buenos Aires, 1997, pp. 960-965.

- "Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual", *Redur*, 3, 2005, pp. 57-68.

VEGAS TORRES, J., "Ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento civil", *Icade*, n. 50, 2000 (mayo-agosto) pp. 143-162.

VERDERA SERVER, R., "Comentarios a los artículos 1094 a 1099" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios al Código Civil*, 3ª ed., Aranzadi, pp. 60-88.

- "Comentario del artículo 1098", en CAÑIZARES, A./DE PABLO, P./ORDUÑA, J./VALPUESTA, R., (dirs.), *Código civil comentado*, Thomson-Civitas Aranzadi, Navarra, 2011, v. 3, pp. 1289-1291.

- *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

VERLANGA HUERTA, F., *El Derecho civil universal por aphorismos*, Madrid, 1843.

VIDAL OLIVARES, Á., "El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos español", *RChDP*, n. 16, 2011, pp. 243-302.

VIGNERON, R., "La «Locatio conductio» secondo i romani", *Labeo*, n. 34, 1988, pp. 361-372.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, La Ley, Madrid, 2009.

- *Los contratos de servicio*, La Ley, Madrid, 2009.

VIVES MONTERO, M.^a L., “Traducción de la reforma 2002 del BGB”, *ADC*, n. 55, 2002(3), pp. 1229-1310.

VLAVIANOS, G., “Specific Performance in the Civil Law: Mediating Between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French *Astreinte* and the Québec Injunction”, *RGD*, v. 24, 1993, pp. 515-554.

VOETH, J., *Commentarius ad pandectas*, Coloniae Allogrobium, 1777, t. 1.

VON BAR, C./CLIVE, (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*. Prepared by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier, München, 2009.

VON GIERCKE, O., *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982.

VON MEHREN, A./MURRAY, P., *Law in the United States*, Cambridge University Press, 2007.

VULLO, E., “Art. 2931. Esecuzione forzata degli obblighi di fare” en CENDON, P. (coord.), *Commentario al codice civile. Tutela giurisdizionale. Esecuzione forzata. Prescrizione e decadenza (artt. 2907-2969)*, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 337-352.

WARENDORF, H./THOMAS, R./CURRY-SUMMER, I., *The Civil Code of the Netherlands*, Wolters Kluwer, 2009.

WARNKOENIG, L. A., *Éléments de droit romain privé* (traduit du latin sur la seconde édition), Paris, 1827.

WATERMAN, T., *A practical treatise on the law relating to specific performance of contracts*, New York, 1881.

WATSON, A., “Roman Law and English Law: Two Patterns of Legal Development” *LLR*, v. 36, 1990 (2), especialmente, pp. 247-268.

WENDERHOST, Ch., “Art. 5 PR CESL”, en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 40-49.

WERRO, F., “La distinction entre l’obligation de résultat et l’obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle”, *RDS*, 1989, pp. 253-299.

Bibliografía

WÉRY, P., *Droits des obligations. v. 1: théorie générale du contrat*, Éditions Larcier, Bruxelles, 2010.

- "Specific Performance in Belgian Law" en SMITS, J./HASS, D./HESSEN, G. (eds.) *Specific performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, pp. 31-45.

WHITTAKER, S., "Contracts for services in English Law and in the DCFR", en ZIMMERMANN, R. (coord.), *Service Contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 115-147.

WILLINSTONE, S., *The Law of contracts*, New York, 1920.

WINKEL, L., "Specific Performance in Roman Law" en DONDORP, H./HALLEBEEK, J. (eds.) *The right to Specific Performance. The Historical Development*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, pp. 1-20.

WITZ, C./BOPP, T., "Best efforts, reasonable care: considerations de droit allemand", *IBLJ*, n. 8, 1988, pp. 1029-1042.

WUBBE, "Opus según la definición de Labeón (D. 50.16.1.5)", *TVR*, n. 50, 1982, pp. 241-251.

XÍOL RÍOS, J. A. (dir.), *Ley de enjuiciamiento civil. Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2.^a ed., El Derecho, Madrid, 2010.

YANGUAS GÓMEZ, R., *Contratos de conexión a Internet, "Hosting" y Búsqueda*, Aranzadi-Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012.

YOUNGS, R., *English, French and German comparative Law*, Cavendish, 1998.

ZALESIŃSKA, A., "Civil contracts in Finnish legal systems with special consideration of electronic contracts" en SADOWSKI, M. *et al.* (eds.) *Studia Erasmiana Wratislaviensia, Acta Studentium 2*, Wrocław, 2009, pp. 261-274.

ZAMORA MANZANO, J. L., "Algunas consideraciones sobre la recepción del Derecho romano en el Common Law", *RCJ*, n. 5, 2000, pp. 417-430.

ZIMMERMANN, R., "Contract Law reform: The German Experience" en VOGENAUER, S./WEATHERILL, S. (eds.) *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 71-85.

-
- *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. Rodríguez Olmos, J., Universidad del Externado de Colombia, 2010; publicado originalmente en inglés, *Roman Law, Contemporatu Law, European Law. The Civilian tradition Today*, Oxford University Press, 2001.
 - *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. ARROYO I AMAYUELAS, E., Bosch, Barcelona, 2005; publicado originalmente en inglés, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005.
 - *Europa y el Derecho romano*, Estudio introductorio y traducción de Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid, 2009.
 - "Remedies for Non-Performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law", *Edinburgh Law Review*, v. 6, 2002, pp. 271-314.
 - *The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1.^a ed, Juta and Co., Cape Town, 1990 (reimpresión 1992).
- ZOLL, F., "Art. 92 CESL", en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 437-438 ["Art. 92 CESL"].
- "Art. 106 CESL", en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 490-491 ["Art. 106 CESL"].
 - "Art. 109 CESL", en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 495-503 ["Art. 109 CESL"].
 - "Art. 110 CESL", en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 503-506 ["Art. 110 CESL"].
- ZOLL, F./WATSON, J., "Art. 148 CESL", en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 618-620 ["Art. 148 CESL"].

Bibliografia

- “Art. 150 CESL”, en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 622 [“Art. 150 CESL”].
- “Art. 154 CESL”, en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 628-629 [“Art. 154 CESL”].
- “Art. 155 CESL”, en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 629-631 [“Art. 155 CESL”].
- “Art. 158 CESL”, en SCHULZE, R. (edit.), *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 633-634. [“Art. 158 CESL”].

ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An introduction to Comparative Law*, 3.^a ed., Oxford University Press, 1998.

Índice de jurisprudencia

I. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

A continuación figura el listado de las resoluciones del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales a las que se ha hecho referencia en la tesis, *en orden cronológico ascendente*. Salvo que expresamente se indique otra cosa, las resoluciones judiciales han sido obtenidas del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial [www.cendoj.es]; entre paréntesis () figura el número de identificación del Repertorio Oficial de Jurisprudencia (Roj) del CENDOJ.

En la columna de la derecha, se indica el número de la nota a pie de página o el número del párrafo –en este último caso, entre corchetes []– en que dicha sentencia ha sido mencionada.

1. DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala de Indias) de 18 de marzo de 1863 [*Colección Legislativa. Sentencias del Tribunal Supremo*, Edición oficial, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1983, n. 63, p. 215]

[281]

STS (Sala 1.^a) de 17 de mayo de 1957 (Repertorio de jurisprudencia 1957/2164) Ponente Excmo. Sr. D. F. Eyre Varela

991

STS (Sala 1. ^a) de 19 de mayo de 1982 (Roj 77/1982) Ponente: Excmo. Sr. D. B. De Heredia y Castaño	465
STS (Sala 1. ^a) de 14 de Marzo de 1986 (1271/1986) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Fernández Rodríguez	170
STS (Sala 1. ^a) de 12 de diciembre de 1990 (9140/1990) Ponente: Excmo. Sr. D. P. González Poveda	1021
STS (Sala 1. ^a) de 25 de Marzo de 1998 (1977/1998) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O'Callaghan Muñoz	222
STS (Sala 1. ^a) de 2 de Julio de 1998 (4434/1998) Ponente: Excmo. Sr. D. I. Sierra Gil de la Cuesta	1000
STS (Sala 1. ^a) de 28 de Junio de 1999 (4583/1999) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O'Callaghan Muñoz	241; 333; 986
STS (Sala 1. ^a) de 3 de abril de 2000 [(2730/2000) Ponente: Excmo. Sr. J. E Corbal Fernández	1022
STS (Sala 1. ^a) de 8 de Junio de 2000 (4687/2000) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O'Callaghan Muñoz	222
ATS (Sala 1. ^a) de 6 de Febrero de 2001 (2231/2001) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Almagro Nosete.	1026
STS (Sala 1. ^a) de 23 de Mayo de 2001 (4287/2001) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Cacerrada Gómez	222; 237
STS (Sala 1. ^a) de 7 de mayo de 2002 [(3201/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Romero Lorenzo	1025
STS (Sala 1. ^a) de 12 de Julio de 2002 (5227/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. J. M. Martínez-Pereda Rodríguez	226
STS (Sala 1. ^a) de 30 de Diciembre de 2002 (8891/2002) Ponente: Excmo. Sr. D. L. Martínez-Cacerrada Gómez	222
STS (Sala 1. ^a) de 10 de marzo de 2004 [(1653/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Villagómez Rodil	1028
STS (Sala 1. ^a) de 6 de Mayo de 2004 (3055/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. J. M. Martínez-Pereda Rodríguez	226; 231
STS (Sala 1. ^a) de 29 octubre de 2004 (6964/2004) Ponente: Excmo. Sr. D. X. O'Callaghan Muñoz	334
STS (Sala 1. ^a) de 13 de Julio de 2005 (4759/2005) Ponente: Excma. Sra. Dña. E. Roca Trías	1024; 1025; 1026

Índice de jurisprudencia

STS (Sala 1. ^a) de 14 de Julio de 2005 (4809/2005) Ponente: Excmo. Sr. D. A. Salas Carceller	237
STS (Sala 1. ^a) del 27 de Julio de 2007 (7775/2007) Ponente: Excmo. Sr. D. J. Almagro Nosete	1027
STS (Sala 1. ^a) de 20 noviembre de 2009 (6873/2009) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Seijas Quintana	335
STS (Sala 1. ^a) de 3 de marzo de 2010 (976/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Seijas Quintana	239; 240
STS (Sala 1. ^a) de 27 de mayo de 2010 (2891/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Xiol Ríos	237
STS (Sala 1. ^a) de 27 de septiembre de 2010 (4725/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Seijas Quintana	335
STS (Sala 1. ^a) de 30 de noviembre de 2010 (6689/2010) Ponente: Excmo. Sr. D. F. Marín Castán	458
STS (Sala 1. ^a) de 21 de febrero de 2011 (1678/2011) Ponente: Excmo. Sr. D. R. Gimeno-Bayón Cobos	240
STS (Sala 1. ^a) de 2 de diciembre de 2011 (8156/2011). Ponente: Excmo. Sr. D. X. O'Callaghan Muñoz	466
STS (Sala 1. ^a) de 22 de abril de 2013 (3013/2013) Ponente: Excmo. Sr. D. J. A. Xiol Ríos	239

2. DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP de Barcelona (Sección 15) de 1 de febrero de 2000 (195/2000) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. R. Ferrandiz Gabriel.	970
AAP Barcelona (Sección 13) de 2 de septiembre de 2004 [(4039/2004) Ponente: no se indica.	1069
AAP de Tarragona (Sección 1) de 11 de noviembre de 2005 (663/2005) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. L. Portugal Sainz	1076

SAP de Cádiz (Sección 4) de 1 de Diciembre de 2006 (2217/2006) Ponente: Ilma. Sra. D. ^a M. ^a I. Montecinos Pidal	336
SAP de Tarragona (Sección 1) de 18 de octubre de 2006 (1493/2006) Ponente: J. L. Portugal Sainz	1023
AAP Valencia (Sección 7) de 10 de abril de 2007 (6/2007) Ponente: Ilma. Sra. M. ^a del C. Escrig Orenga	1067; 1071
SAP de Salamanca (Sección 1) de 18 de diciembre de 2007 (634/2007) Ponente: Ilmo. Sr. D. I. García del Pozo	1023
SAP de Pamplona/Iruña (Sección 1) de 17 de febrero de 2008 (517/2008) Ponente: Ilmo. Sr. D. F. Poncela García	1023
AAP de Cuenca (Sección 1) de 8 de Julio de 2008 (108/2008) Ponente: Ilmo. Sr. D. A. Díaz Delgado	1051
AAP Madrid (Sección 10) de 1 de Julio de 2009 (9883/2009) Ponente: Ilmo. Sr. D. A.M. Illescas Rus	1076
SAP de Madrid (Sección 10) de 18 de noviembre de 2009 (14386/2009) Ponente: Ilmo. Sr. Á. V. Illescas Rus	240
SAP de Palencia (Sección 1) de 14 diciembre de 2009 (640/2009) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. M. Donis Carracedo	226; 332
SAP de Valencia (Sección 11) de 19 de mayo de 2010 (3163/2010) Ponente: Ilmo. Sr. D. M. J. López Orellana	240
SAP de Jaén (Sección 3) de 28 de Mayo de 2010 (724/2010) Ponente: Ilmo. Sr. D. J. Cáliz Covaleda	240
SAP de Madrid (Sección 10) de 18 de noviembre de 2010 (17624/2010) Ponente: Ilmo. Sr. D. Á. V. Illescas Rus	1023
SAP de Barcelona (Sección 14) de 16 de Junio de 2011 (5581/2011) Ponente: Ilmo. Sr. D. A. Lucas Esteve	226

Índice de jurisprudencia

SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5) de 26 de octubre de 2011 (2314/2011) Ponente: Ilma. Sra. D. ^a M. ^a Del Pino Domínguez Cabrera	237
SAP de Sevilla (Sección 5) de 15 de Octubre de 2012 (3236/2012) Ponente: Ilmo. Ser. D. C. Gallardo Correa	240

II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En la columna de la izquierda, figura, en el segundo paréntesis, el número de la Sentencia, y en el tercer paréntesis, su fecha de publicación en el BOE. El texto íntegro de las referidas sentencias del Tribunal Constitucional puede consultarse gratuitamente en la página web: hj.tribunalconstitucional.es

En la columna de la derecha, figura el número de la nota a pie de página en que la respectiva sentencia ha sido mencionada.

STC (Sala 2. ^a) de 29 de junio de 1983 (58/1983) Ponente: Magistrado D. L. Díez Picazo (BOE n. 168 de 15 de julio de 1983)	1035
STC (Sala 1. ^a) de 21 de diciembre de 1987 (205/1987) Ponente: Magistrado D. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (BOE . 7 de 8 de enero de 1988)	1034
STC (Sala 1. ^a) de 17 de octubre de 1991 (194/1991). Ponente: Magistrado D. F. García-Mon y González-Regueras (BOE n. 274 de 15 de noviembre de 1991)	1000
STC (Sala 2. ^a) de 18 de julio de 1994 (219/1994) Ponente Magistrado. D. Gabaldón López (BOE n. 197 de 18 de agosto de 1994)	1039; 1042
STC (Sala 1. ^a) de 15 de diciembre de 1998 (240/1998) Ponente: Magistrado D. Pablo García	1033

Manzano (BOE n. 17 de 20 de enero de 1999)

STC (Sala 2.^a) de 18 de abril de 2005 (86/2005)

Ponente: Magistrado D. R. Rodríguez Arribas (BOE
n. 120 de 20 de mayo de 2005)

1033

Índice

Abreviaturas	i
Introducción	xi

PRIMERA PARTE

LA PROGRESIVA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIO

Capítulo 1

Las bases romanas del modelo de regulación del Código civil español de los contratos de servicio: la *locatio conductio*

I. INTRODUCCIÓN	3
II. LA DELIMITACIÓN EXTERNA DEL TIPO <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> FRENTE A OTROS CONTRATOS (DEPÓSITO, MANDATO Y COMPRAVENTA)	7
1. El carácter esencialmente oneroso de la <i>locatio conductio</i>	7
a) La <i>locatio conductio</i> y el contrato de <i>depositum</i> (depósito)	9
b) La <i>locatio conductio</i> y el contrato de <i>mandatum</i> (mandato)	10

2. La necesidad en la <i>locatio conductio</i> de que entregue una cosa. Distinción respecto de la compraventa	13
III. LA DIVISIÓN INTERNA DEL TIPO <i>LOCATIO CONDUCTIO</i>	15
1. La unidad o tripartición de la <i>locatio conductio</i> : las distintas tesis de los autores	16
a) La tesis unitaria de la <i>locatio conductio</i>	16
b) La tesis tripartita de la <i>locatio conductio</i>	24
c) La situación actual sobre el problema de la unidad o tripartición de la <i>locatio conductio</i>	25
2. La diferencia entre la <i>locatio conductio operarum</i> y la <i>locatio conductio operis</i>	27
IV. ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL MODELO ROMANO DE CONTRATACIÓN DE SERVICIOS	33
1. Dos advertencias previas	33
2. La descripción de los principales aspectos sustantivos del modelo romano de contratación de servicios	34
a) Las obligaciones del prestador del servicio	34
b) Las obligaciones del cliente	40
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	41

Capítulo 2

La recepción del modelo romano de la *locatio conductio* en el arrendamiento “de obras y servicios” del Código civil español

I. INTRODUCCIÓN	45
II. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (“DE OBRAS”) EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DEL CÓDIGO CIVIL	47
1. La concepción unitaria del arrendamiento	50
2. La delimitación externa del contrato de arrendamiento “de obras”	53
a) El arrendamiento “de obras” y el <i>condessijo</i> (depósito) ...	53

Índice

b) El arrendamiento “de obras” y el mandato	54
c) El arrendamiento “de obras” y la compraventa	55
3. La división interna del contrato de arrendamiento	56
III. LA CONFIGURACIÓN DEL <i>CONTRAT DE LOUAGE</i> EN EL CODE CIVIL FRANÇAIS DE 1804	59
1. El <i>contrat de louage</i> en las doctrina de Domat y de Pothier	61
a) La concepción unitaria del arrendamiento	61
b) La delimitación externa del <i>contrat de louage</i>	63
c) La división interna del <i>contrat de louage</i>	64
2. El <i>contrat de louage</i> en el <i>Code civil français</i> de 1804	67
a) La concepción unitaria del arrendamiento	67
b) La delimitación externa del <i>contrat de louage</i>	68
c) La división interna del <i>contrat de louage</i>	74
IV. LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	81
1. La concepción unitaria del arrendamiento	82
2. La delimitación externa del contrato de arrendamiento “de obras y servicios”	85
a) El arrendamiento “de obras y servicios” y el depósito	85
b) El arrendamiento “de obras y servicios” y el mandato	86
c) El arrendamiento “de obras y servicios” y la compraventa ..	89
2. La división interna del arrendamiento	91
a) Los proyectos de Código civil	91
b) El modelo adoptado por el Código civil	94
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	95

Capítulo 3

La construcción del modelo dual contrato de servicios/contrato de obra

I. INTRODUCCIÓN.....	99
II. EL ABANDONO DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL ARRENDAMIENTO ..	100
1. El limitado lugar que tiene la concepción unitaria del arrendamiento en el Derecho comparado	101
a) Los códigos que no recogieron la concepción unitaria del arrendamiento	102
b) La tendencia al abandono de la concepción unitaria del arrendamiento en los códigos civiles modernos	104
2. La superación de la concepción unitaria del arrendamiento por la doctrina española	112
III. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO QUE DISTINGUE EL CONTRATO “DE SERVICIOS” Y EL “DE OBRA”	116
1. Los motivos de la superación del esquema de regulación del Código civil en materia de arrendamiento “de obras y servicios” ...	116
2. El modelo dual y el criterio de distinción entre el contrato “de servicios” y el contrato “de obra”	122
a) La asimilación de los contratos de servicios y de obra, a las figuras romanas de la <i>locatio conductio operarum</i> y <i>operis</i>	122
b) El criterio de distinción sobre la base del análisis de la prestación característica	125
c) El recurso explícito a la clasificación que distingue entre obligaciones de medios y de resultado, para diferenciar los contratos de servicios y de obra	129
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	134

Capítulo 4

El modelo dual servicios/obra puesto en tela de juicio

I. INTRODUCCIÓN	139
II. LAS CRÍTICAS A LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DUAL CONTRATO DE SERVICIOS/CONTRATO DE OBRA	143
1. La primera crítica. No existe base normativa en el Código civil para admitir tal distinción entre el contrato de servicios y el contrato de obra	145
2. La segunda crítica. La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado es una clasificación doctrinal, que no ha sido generalmente admitida	148
a) El origen y la recepción de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en Francia	148
b) La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en otros ordenamientos europeos	157
c) La inclusión de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado en el soft law: los Principios Unidroit, los PECL y el DCFR	166
3. La tercera crítica. La clasificación de las obligaciones de medios y de resultado no sirve para delimitar conceptualmente los contratos de servicios y de obra	172
III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INUTILIDAD DEL MODELO DUAL SERVICIOS/OBRA	174
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	182

Capítulo 5

La regulación de los *service contracts* del DCFR

I. INTRODUCCIÓN	185
1. El objeto y la finalidad del estudio	183
2. El plan, y algunas precisiones metodológicas	195
II. LOS <i>SERVICE CONTRACTS</i> DEL DCFR. EL DISEÑO DEL MODELO	206

1. La base del modelo. Los PEL SC y su recepción en el DCFR	206
2. La forma en que se diseñó la regulación de los <i>service contracts</i> : la aproximación funcional	211
3. Las principales características de la regulación de los <i>service contracts</i> del DCFR	221
a) No se recoge la concepción unitaria del arrendamiento ..	221
b) La regulación de los <i>service contracts</i> es una regulación estructurada en dos niveles: contempla una parte general y una parte especial	222
c) La elección de los <i>service contracts</i> especialmente regulados no obedeció a razones técnico-jurídicas	232
III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS <i>SERVICE CONTRACTS</i> DEL DCFR ...	241
1. La delimitación positiva: los contratos incluidos en la regulación de los <i>service contracts</i> del DCFR	242
a) La aplicación a los contratos de servicio gratuitos	244
b) La aplicación a los contratos mixtos	251
2. La delimitación negativa: los contratos excluidos de la regulación de los <i>service contracts</i>	255
a) Los contratos expresamente excluidos	256
b) Contratos regulados separadamente en el DCFR, pero en los que parece admitirse una aplicación supletoria de la regulación de los <i>service contracts</i>	258
c) Las exclusiones generales del Libro I del DCFR: el contrato de trabajo	268
IV. LA OBLIGACIÓN CARACTERÍSTICA DE LOS <i>SERVICE CONTRACTS</i> ES UNA OBLIGACIÓN DE HACER. SUPUESTOS DE CONTRATOS MIXTOS DE SERVICIO Y VENTA. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE CONFECCIÓN DE UN BIEN	272
1. Primer supuesto: la actividad del prestador del servicio no se dirige a la producción de un bien, pero hay suministro de bienes o de materiales por parte del prestador del servicio	274

Índice

2. Segundo supuesto: la actividad del prestador del servicio consiste en la producción de un bien que debe entregarse al cliente	283
a) La aproximación del DCFR a este supuesto	284
b) Comparación de la solución del DCFR con la solución de la Directiva 1999/44/CE, de la CISG, de algunos ordenamientos de Derecho comparado y la del Derecho español	290
V. EL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN DE HACER: LA NOCIÓN DE “SERVICIO” QUE ESTÁ EN LA BASE DE LA REGULACIÓN DE LOS <i>SERVICE CONTRACTS</i> , A PARTIR DE UN EXAMEN DEL RÉGIMEN GENERAL	311
1. El servicio puede consistir, o no, en una obligación de hacer personalísima	313
2. El servicio está adaptado, y su ejecución condicionada, a las necesidades y deseos del cliente	318
a) Se impone al prestador del servicio un deber de seguir las instrucciones del cliente	318
b) Se permite al cliente modificar unilateralmente el servicio	321
c) Se permite la terminación unilateral del contrato por parte del cliente	325
3. La prestación del servicio requiere la colaboración entre los contratantes. El rol activo del cliente	330
4. El prestador del servicio no necesariamente garantiza el “resultado” del servicio. Las obligaciones de medio y de resultado en el DCFR	334
VII. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	345

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO DEL CLIENTE AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DEL CONTRATO

Capítulo 6

La preferencia por el remedio de los *damages* y el lugar secundario del *specific performance*. La aproximación del *Common Law*

I. INTRODUCCIÓN	351
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	354
1. La afirmación de entrada	354
2. Algunas precisiones terminológicas	360
a) La expresión “ <i>specific performance</i> ”	360
b) El término “ <i>damages</i> ”	363
c) La noción de “ <i>breach of contract</i> ”	365
III. LA PREFERENCIA POR EL REMEDIO DE LOS DAMAGES Y EL CARÁCTER SECUNDARIO Y DISCRECIONAL DEL <i>SPECIFIC PERFORMANCE</i> . UNA BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA	367
1. El <i>Common Law</i> y el surgimiento de la <i>Equity</i>	368
2. El origen del remedio del <i>specific performance</i>	373
IV. EL SIGNIFICADO ACTUAL DEL CARÁCTER “ <i>EQUITABLE</i> ” DEL REMEDIO DEL <i>SPECIFIC PERFORMANCE</i> . LAS BARRERAS AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO	378
1. La adecuación del remedio de los <i>damages</i> para satisfacer al acreedor	380
a) El <i>adequacy test</i> y el carácter “único” del objeto como principal criterio	380
b) La tendencia a la flexibilización	383
2. El ejercicio de la discrecionalidad por parte del tribunal	389
a) La necesidad de supervisión por parte del tribunal	392
b) La prestación de servicios personales	395
c) Otros factores que inciden en la negativa a conceder el <i>specific performance</i> (máximas de equidad)	397
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	399

Capítulo 7

El cumplimiento específico como un derecho del acreedor, y como remedio preferente: la perspectiva del Derecho continental

I. INTRODUCCIÓN	405
1. Objetivo y plan	405
2. Algunas precisiones terminológicas	406
a) Las expresiones “Derecho continental” y “ <i>Civil Law</i> ”	405
b) El remedio del cumplimiento específico	407
II. UNA BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA IDEA DE QUE EL ACREEDOR TIENE UN DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO	412
1. El Derecho romano	414
2. La doctrina de los glosadores y de los comentaristas	418
3. El desarrollo posterior	422
III. DERECHO CONTINENTAL VIGENTE. PARTICULAR REFERENCIA AL DERECHO ALEMÁN Y AL DERECHO FRANCÉS. Y UNA BREVE REFERENCIA A OTROS DERECHOS CONTINENTALES	431
1. El Derecho alemán	431
a) El derecho del acreedor al cumplimiento específico y los casos de exclusión del deber de prestación del deudor	436
b) El lugar preferente del cumplimiento específico en el sistema general de remedios	445
c) La incidencia de la regulación procesal.....	454
2. El Derecho francés	460
a) La idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico. Artículos 1142 a 1144 <i>Code civil</i>	460
b) La idea de que el cumplimiento específico es el remedio remedio preferente	471
c) La incidencia de la regulación procesal	474

3. Una breve mirada a otros ordenamientos continentales	480
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	494

Capítulo 8

La idea de un derecho al cumplimiento específico de la obligación de hacer en el Derecho español del siglo XIX

I. INTRODUCCIÓN	499
II. LAS DISTINTAS POSICIONES DE LOS AUTORES	501
1. La posición que niega la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento de una obligación de hacer	503
2. La posición que admite la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento de una obligación de hacer	504
III. UNA POSIBLE EXPLICACIÓN DE ESTA DISCORDANCIA EN LAS POSICIONES DE LOS AUTORES	505
1. El derecho sustantivo de referencia	506
a) Los argumentos de la posición que niega la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento específico	507
b) los argumentos de la posición que admite la posibilidad de compeler al deudor al cumplimiento específico	510
2. La existencia y naturaleza de vías procesales de apremio contra el deudor	518
a) La primera mitad del siglo XIX: <i>Las Partidas</i>	519
b) La segunda mitad del siglo XIX: Leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881	522
IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	528

Capítulo 9

Cumplimiento específico de la obligación contractual de hacer en el Derecho español vigente: perspectivas sustantiva y procesal

I. INTRODUCCIÓN	531
-----------------------	-----

Índice

II. LA PERSPECTIVA SUSTANTIVA: EL DERECHO DEL ACREEDOR A OBTENER UNA CONDENA AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO	538
1. La idea de que el acreedor tiene derecho al cumplimiento específico, y que este es el remedio preferente	538
a) El cumplimiento específico como efecto de la obligación. La perspectiva tradicional	538
b) El cumplimiento específico como remedio frente al incumplimiento contractual. La perspectiva moderna	544
2. El cumplimiento específico en las obligaciones de hacer: el art. 1098 CC	552
a) La doctrina	553
b) La jurisprudencia	558
IV. LA PERSPECTIVA PROCESAL. EL DERECHO A LA EJECUCIÓN <i>IN NATURA</i> Y LA IDEA DE QUE ESTA ES LA VÍA PREFERENTE DE EJECUCIÓN	565
1. El derecho a que la sentencia se ejecute “en sus propios términos”. Su reconocimiento y sus límites	565
a) El derecho a la ejecución como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva	560
b) La idea de un derecho a la ejecución específica o <i>in natura</i> , y la idea de que esta es la vía preferente de ejecución	568
2. Ejecución específica de las condenas que imponen una obligación de hacer	568
a) Los aspectos generales	575
b) Las vías de ejecución (arts. 706 y 709 LEC)	578
c) ¿Hay en la LEC elementos que determinen, en alguna medida, la elección del ejecutante por una particular vía de ejecución?	583
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	592

Capítulo 10

El cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias en el DCFR: exposición y comparación con otros modelos de modernización del Derecho de contratos

I. INTRODUCCIÓN	597
II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES	592
1. Algunas cuestiones generales sobre la regulación del remedio del cumplimiento, en el DCFR y en los demás modelos de modernización considerados	598
a) Sobre el DCFR	598
b) Sobre los demás modelos de modernización del Derecho de contratos	601
2. El incumplimiento que da acceso al remedio del cumplimiento específico	610
III. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO DE LA OBLIGACIÓN NO DINERARIA	622
1. El reconocimiento del derecho al cumplimiento específico	622
2. Algunos comentarios en torno a este reconocimiento del derecho al cumplimiento específico del DCFR	623
a) El DCFR adopta una solución de compromiso entre la aproximación del Common Law y la del Derecho continental al remedio del cumplimiento específico	624
b) La terminología empleada	628
c) La justificación de la regla del derecho al cumplimiento específico	630
d) El remedio del cumplimiento específico incluye el derecho a obtener la subsanación de la prestación no conforme	633
e) El DCFR adopta una perspectiva sustantiva en relación con el remedio del cumplimiento específico, no una perspectiva procesal	639

Índice

IV. LAS EXCEPCIONES O LIMITACIONES DEL REMEDIO DEL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO EN LAS OBLIGACIONES NO DINERARIAS	643
1. Las limitaciones que contempla el art. III.-3:302 DCFR	643
a) La prestación física o jurídicamente imposible	644
b) El cumplimiento excesivamente gravoso u oneroso	646
c) La prestación de naturaleza personal, que hace que no sea razonable ordenar el cumplimiento específico	649
d) La falta de reclamación del cumplimiento en un plazo razonable	652
2. Otros límites al remedio del cumplimiento específico	657
a) La posibilidad de realizar una operación de reemplazo como límite al cumplimiento específico	657
b) La buena fe como límite al ejercicio del remedio del cumplimiento específico	665
V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	666
Conclusiones	669
Bibliografía	677
Índice de jurisprudencia	725
Índice	731

